



**Universidad
Carlos III de Madrid**

www.uc3m.es

TESIS DOCTORAL

**“LA PARTICIPACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO
EXPRESIÓN DE INTERESES SUPRAINDIVIDUALES (COLECTIVOS Y
DIFUSOS): A PROPÓSITO DE LA LEY DE TRANSPARENCIA, ACCESO A
LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO”**

Autor:

Paula Fernández González

Director:

Antonio Descalzo González

DEPARTAMENTO DERECHO PÚBLICO DEL ESTADO

Getafe, febrero 2015

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	p.8
--------------------------	------------

Capítulo I: Los intereses legítimos supraindividuales (colectivos y difusos)

Introducción.....	p. 16
-------------------	-------

I. El interés legítimo

1. Noción de interés.....	p.19
2. Interés jurídico.....	p.21
3. Interés legítimo.....	p.23
3.1. Origen y evolución.....	p.23
3.2. Doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo acerca del interés legítimo.....	p.31
3.3. Concepciones en la doctrina sobre el interés legítimo.....	p.43
3.3.1. El interés legítimo como derecho subjetivo reaccional.....	p.43
3.3.2. El interés legítimo como posición jurídica subjetiva diversa del derecho subjetivo.....	p.51
3.4. Intelección constitucional del interés legítimo.....	p.55

II. Los intereses supraindividuales: colectivos y difusos

1. Consideraciones previas.....	p.62
2. Problemas terminológicos.....	p.67
3. Antecedentes históricos.....	p.68
4. Naturaleza jurídica de los intereses supraindividuales.....	p.71

4.1.	Mera suma de intereses o situación de ventaja única: pertenencia al individuo o a la colectividad.....	p.73
4.2.	Naturaleza pública o privada.....	p.80
4.3.	Caracterización jurídica: derecho subjetivo, interés legítimo o “ <i>tertium genus</i> ”.....	p.82
4.5.	Algunas precisiones	p.88
5.	Intereses colectivos y difusos.....	p.90
5.1.	Clases: intereses colectivos y difusos.....	p.91
5.2.	Características de los intereses colectivos y difusos.....	p.95
6.	Pluralidad de derechos particulares.....	p.101
7.	Intereses supraindividuales en la Unión Europea.....	p.104
8.	Conclusión.....	p.110

Capítulo II: La participación en la Administración Pública en la Constitución española: artículos 23.1 CE y 105 CE

Introducción.....	p.113
-------------------	-------

I. El derecho fundamental a participar en los asuntos públicos: artículo 23.1 CE

1.	Concepto de participación.....	p.120
2.	Naturaleza jurídica.....	p.123
3.	Contenido esencial del derecho.....	p.125
4.	Ámbito objetivo del derecho: los “asuntos públicos”.....	p.133
4.1.	La posición de la doctrina.....	p.133
4.2.	La jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	p.135
4.3.	El gobierno y dirección de los “asuntos públicos”.....	p.141
5.	La participación directa.....	p.144
5.1.	Concepto de “participación directa”.....	p.144

5.2.	Posición del Tribunal Constitucional.....	p.149
6.	Ámbito subjetivo del derecho a participar: “los ciudadanos”	p.155
6.1.	Concepto de ciudadanía.....	p.155
6.2.	Los ciudadanos como sujetos titulares del derecho a participar.....	p.161
6.2.1.	La posición del Tribunal Constitucional.....	p.162
6.2.2.	La indeterminación del término “ciudadanos” en el artículo 23. CE.....	p.166
7.	Conclusión.....	p.174

II. La participación en la Administración Pública: artículo 105 CE

1.	La participación en la Administración artículo 105 a) CE....	p.176
1.1.	Naturaleza jurídica del artículo 105 a) CE.....	p.176
1.2.	El artículo 105 a) CE y su carácter participativo.....	p.179
1.3.	La configuración legal de la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas.....	p.183
1.4.	Los sujetos llamados a la audiencia: los ciudadanos. El requisito de la afectación y la presencia del interés.....	p.186
1.5.	Las garantías procedimentales mínimas de la participación ciudadana: el trámite de audiencia a los ciudadanos y la información pública.....	p.190
1.6.	Conclusión.....	p.202
2.	El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos: artículo 105 b) CE.....	p.203
2.1.	El derecho de acceso a la información: naturaleza jurídica.....	p.204

2.2.	Efectos de la Constitución sobre el derecho de acceso a la información.....	p.208
2.3.	Conclusión.....	p.213
3.	La participación en el procedimiento administrativo: artículo 105 c) CE.....	p.214
3.1.	Finalidades de la participación en el procedimiento administrativo.....	p.215
3.2.	El artículo 105 c) de la Constitución.....	p.218
3.2.1.	La garantía del procedimiento administrativo.....	p.219
3.2.2.	El trámite de audiencia de los interesados.....	p.221
3.3.	Conclusión.....	p.226

Capítulo III: La participación en la Administración Pública como expresión de intereses supraindividuales (colectivos y difusos)

	Introducción.....	p.230
1.	La ideología de la participación.....	p.231
2.	La problemática jurídica de la participación administrativa.....	p.236
3.	Concepto jurídico de participación administrativa.....	p.240
4.	La participación como expresión de intereses supraindividuales...	p.243
4.1.	El interés colectivo y el interés difuso.....	p.245
4.2.	En resumen: el derecho de participar.....	p.247
5.	Los sujetos de la participación administrativa.....	p.248
5.1.	La participación individual.....	p.249
5.2.	La participación colectiva.....	p.257

6.	Las formas participativas como expresión de intereses supraindividuales.....	p.266
6.1.	La participación procedimental como expresión de intereses supraindividuales.....	p.267
6.1.1.	Sujetos del procedimiento.....	p.272
6.1.2.	La publicidad del procedimiento administrativo.....	p.275
6.2.	La participación consultiva como expresión de intereses supraindividuales.....	p.267
	La organización consultiva.....	p.283
6.2.1.	La función consultiva como elemento del procedimiento administrativo.....	p.286
6.3.	La participación orgánica como expresión de intereses supraindividuales.....	p.293
6.3.1.	La organización administrativa liberal.....	p.293
6.3.2.	Nueva teoría de la participación orgánica.....	p.296
7.	Conclusión.....	p.303

**Capítulo IV: La participación en la Administración Pública y la Ley
19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la
Información Pública y Buen Gobierno**

Introducción.....	p.307
-------------------	-------

I. El acceso a la información

1.	La transparencia como valor en sí misma.....	p.310
2.	El acceso a la información pública como presupuesto de participación.....	p.313
3.	El acceso a la información en el Derecho comparado.....	p.319

4.	El acceso a la información en la Unión Europea.....	p.324
5.	Conclusión.....	p.327

II. La dictación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno

1.	Acerca del proceso de gestación de la Ley.....	p.330
2.	Objetivos y contenidos de la Ley.....	p.333
3.	La naturaleza del derecho de acceso a la información	p.335
4.	Los sujetos titulares.....	p.340
5.	Los sujetos obligados.....	p.342
6.	La publicidad activa.....	p.345
7.	El objeto del derecho de acceso.....	p.351
8.	Limitaciones al derecho de acceso	p.356
9.	Relaciones entre el acceso a la información y protección de datos personales.....	p.359
10.	Procedimiento	p.364
11.	Garantías.....	p.368
12.	Conclusión.....	p.372

CONCLUSIONES.....	p.377
--------------------------	--------------

BIBLIOGRAFÍA.....	p.384
--------------------------	--------------

INTRODUCCIÓN

El principio del gobierno representativo se configura como uno de los pilares fundamentales sobre los que se asientan las democracias constitucionales contemporáneas. La representación política, alejada del modelo de representación privada por mandato imperativo, adquiere su legitimidad democrática a través del consentimiento expreso del gobernado¹. El consentimiento de los ciudadanos integrantes de la comunidad política, titulares de la soberanía, se exteriorizará, inevitablemente, a través de la elección, resultado del ejercicio del derecho de sufragio, inicialmente, censitario o capacitario y, definitivamente, en el Estado democrático, universal².

Aceptando la legitimidad democrática del gobierno representativo y su sólida implantación en el Estado constitucional, la tendencia democrática contemporánea estima que, además de la participación electoral y del ejercicio cotidiano de la libertades públicas políticamente trascendentes – libertad de expresión, manifestación, reunión y asociación-, las comunidades con auténtica vocación *democrática* deben institucionalizar oportunidades añadidas de *participación de sus ciudadanos* en los procedimientos de adopción de las decisiones públicas. Asumiendo una concepción dinámica de la democracia, la participación política es un valor esencial, una idea-fuerza que debe inspirar el perpetuo camino de profundización democrática. En este sentido, se puede afirmar *“la democracia es un viaje inacabado, por lo que será más apropiado hablar, no tanto sobre democracia plena, sino sobre ruta democrática, sobre una progresiva evolución de los sistemas políticos en busca de la incorporación de las demandas participativas del*

¹ Véase Bobbio, N., *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, pp. 56 y ss.

² Véase Dahl, R., *La igualdad política*, Fondo de Cultura Económica de Argentina, Buenos Aires, 1ª Edición en español, 2008, pp. 15 y ss.

ciudadano”, es decir, “*no existe democracia sin democratización, esto es, sin una renovación constante de las formas de participación*”³.

En efecto, la *participación del ciudadano* en la conformación de las decisiones públicas se constituye como una expresión efectiva de su estatuto de libertades positivas (*status activae civitatis*) y como una clara afirmación del principio democrático de igualdad, entendida como igualdad política (*isegoria*). Además, la implicación del ciudadano en la formulación de las decisiones públicas permite identificar situaciones de discriminación que habían permanecido ocultas y contribuye, de este modo, a la consolidación de la igualdad material entre los integrantes de la comunidad política. Las instituciones de participación ciudadana también contribuyen a la revitalización del *pluralismo político* ya que canalizan la expresión de las múltiples sensibilidades sociales, alternativas a los partidos políticos, que coexisten en las comunidades⁴.

Por tanto, la *participación del ciudadano* mediante la formulación de argumentos razonados expuestos en espacios de deliberación compartidos, contribuye a la *profundización democrática*, por ello se plantea la necesidad “*de animar a los ciudadanos que tienen la posibilidad de entrar en los discursos públicos a que favorezcan los intereses generalizables, de modo que los políticos acaben teniendo que tomarlos en cuenta a la hora de justificar sus políticas concretas*”⁵.

³ Véase Jáuregui, G., “Globalización y democracia”, *Claves de Razón Práctica*, Nº 99, 2000, pp. 12-19.

⁴ Véase Gargarell, R., “Ni política, ni justicia. Sobre los déficit del sistema democrático”, *Claves de Razón Práctica*, Nº 114, 2001, pp. 14-21.

⁵ “*Sólo si los individuos tienen la buena voluntad de potenciar asociaciones que no se ocupen de intereses grupales, sino generalizables, sólo si se esfuerzan porque el poder político les escuche, sólo si los gobernantes elegidos tienen la buena voluntad de escuchar las razones que apoyen intereses generalizables, queda alguna esperanza para la democracia radical*”. Véase Cortina, A., *Ética aplicada y democracia radical*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 121 y ss.

Ahora bien, la *participación* en su *dimensión administrativa*, no ha sido objeto de un tratamiento cuantitativa y cualitativamente destacable que, aunque puede considerarse integrado en el tópico genérico de la participación política, tiene su específica importancia y sus modulaciones en cuanto a su eficacia práctica. En este sentido, como en todos los textos fundamentales que reciben la herencia liberal, la Constitución española de 1978 dedica a la Administración Pública un tratamiento específico muy exiguo en relación a la importancia que aquélla tiene hoy en día en el conjunto del esquema institucional de los poderes públicos. De hecho, entre los principios que el artículo 103.1 CE señala como rectores del régimen administrativo –eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración, coordinación y sometimiento pleno a la ley y al Derecho–, no aparece el de la “*participación*”⁶.

Asimismo, el *fenómeno de la participación* ha estado sujeto a multitud de interpretaciones ideológicas y, por tanto, de clara dificultad a la hora de establecer parámetros definitorios claros sin correr el riesgo de caer en meros juicios de valor. Es más, el vocablo “*participación*” viene recogido con profusión y en lugar destacado dentro de diferentes tipos de normas, pero pese a la importancia y trascendencia de ella, su regulación adolece de una mayor concreción⁷.

Animados por esta premisas, el presente trabajo pretende estudiar el *fenómeno participativo en los asuntos públicos*, desde una perspectiva administrativista lógico-jurídica, a cuyos efectos, resulta esencial, enmarcar

⁶ Por eso, para conocer cómo se regula la Administración en la Constitución es necesario no detenerse en los artículos 103 a 107, sino leer todo el texto constitucional.

⁷ “*En cada coyuntura histórico-política hay unos vocablos cargados de prestigio que tendencias políticas diversas pueden tratar de atraer para sí, aunque ello sea contrario al sentido originario y a la formulación clara y distinta de sus conceptos*”. “*Estos conceptos políticos sirven no sólo a la consideración, conocimiento y disposición teóricas, sino también a la vida y a la acción política*”. Véase García Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, 2ª Edición, Madrid, 1985, pp. 46 y ss.

con cierta precisión, qué se entiende por *participación* en la *Administración Pública* y cuál es su relación con los llamados *intereses supraindividuales* (*colectivos y difusos*), desde una *óptica participativa*.

Se trata, entonces, de constatar que la *participación* en las funciones administrativas, constituye un cauce real y eficaz para la *expresión de las demandas sociales de la ciudadanía* en que se traducen en definitiva los *intereses supraindividuales*, y, como ello repercute en la definición del *interés general*, el que deja de ser monopolio del Estado para ser producto de un *proceso dinámico, compartido e informado*, fruto de la *cooperación y coordinación* de los distintos actores sociales, derribándose paulatinamente, los viejos dogmas liberales cultivados por la ciencia administrativa⁸.

En tal objetivo, el trabajo de tesis comienza su labor con un primer capítulo, que intenta realizar un análisis jurídico sistemático de la problemática de los *intereses legítimos* -y, en especial, *de aquéllos intereses legítimos* que conciernen a una pluralidad de individuos como es el caso de los *intereses supraindividuales* (*colectivos y difusos*)-, que aporte elementos de clarificación a las dificultades intrínsecas entorno a la terminología conceptual de tales intereses así como de su caracterización jurídica.

Tras revisar la temática de los intereses legítimos supraindividuales, será el momento de adentrarse en el capítulo segundo de la tesis dedicado al estudio de la *participación en la Constitución española*, para lo cual se analizará con especial dedicación el artículo 23.1 del texto constitucional, que eleva a la categoría de *derecho fundamental* la *participación de los ciudadanos en los asuntos públicos*, “*directamente*” o “*por medio de*

⁸ Entendiendo, de este modo, que *participación en la cosa pública* está muy lejos de entenderse como implicación de los interesados en defensa de intereses personales y directos. Véase Parejo Alfonso, L., *Transformación y ¿reforma? del Derecho Administrativo en España*, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2012, pp. 15 y ss.

representantes” y, constituye la auténtica vertiente subjetivizada de toda la estructura democrática del Estado social de Derecho gozando de todas las garantías jurisdiccionales e institucionales que el ordenamiento jurídico le atribuye en consecuencia.

Por su parte, la *participación de los ciudadanos en los asuntos públicos* se hace más patente en el ámbito de actuación de la *Administración Pública*, por lo cual, la Carta Magna ha recogido una serie de importantes instituciones de participación en el ejercicio de las funciones administrativas en su artículo 105 CE (concreción de la consolidación de un Estado social y democrático y participativo y –artículos 1.1 CE y 9.2 CE) y del derecho fundamental de los ciudadanos a participar -artículo 23.1 CE-). En primer lugar, el artículo 105 a) CE, alude a la “*audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de organizaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecte*”. Luego, en su artículo 105 c) CE contempla la “*audiencia de los interesados en el procedimiento de elaboración de los actos administrativos*”. Y, finalmente, su artículo 105 b) CE regula una institución imprescindible y condicionante de la *participación* como es el “*acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*”⁹.

Una vez concluidos estos dos primeros capítulos, el trabajo se centra en el estudio de la *participación en la Administración Pública (participación administrativa)*, propiamente tal, desde un enfoque jurídico-administrativo, que considera la “*participación como expresión real y efectiva de intereses supraindividuales*”, en sus diferentes formas participativas (procedimental, orgánica y consultiva), considerando en ello la incidencia que poseen las fórmulas *asociativas* (participación colectiva) como entes exponenciales de

⁹“*Participar es, ante todo, estar informado*”. Véase Crespo Rodríguez, M., “Sociedad de la información y documentación electrónica”, en *La Administración Pública que España necesita*, Círculo de Empresarios, Madrid, 2007, pp. 37-96.

intereses colectivos y difusos y potenciadores de la *participación y defensa* posible de los mismos.

Entendido el fenómeno de la participación en la Administración Pública como un cauce posible de expresión de intereses supraindividuales, ya es hora de constatar que para superar la concepción meramente formal de la categoría de la participación de los ciudadanos en la actividad administrativa –y su utilización ideológica- y transformarse en una participación verdadera y factible, se requiere, entre otras condiciones, contar con un adecuado intercambio de *información*, pues, sin ella, cualquier participación resulta inoperante e ilusoria.

Así, el primer elemento indispensable –no el único-, para implantar el derecho a disponer de *información* y a recibirla –en cuya tarea la Administración tiene un papel trascendental de prestación¹⁰-, estriba en disponer de un marco jurídico preciso y coherente para su aplicación. Hasta poco tiempo atrás España no contaba con una ley general de acceso a la información. No obstante, recientemente, con fecha 10 de diciembre de 2013, finalmente, se publicó la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*. Dicha normativa busca marcar un antes y un después en la cultura informativa del sector público y en la implicación ciudadana en el devenir de sus instituciones.

¹⁰ La *información* para la creación de una *opinión pública* que pueda participar activamente y con capacidad de influencia en la vida social y política no sólo la suministra la Administración, sino que también participan los medios de comunicación en sentido amplio, además de asociaciones con diversa tipología, foros diversos, etc., todos los cuales crean un flujo de comunicación que conforma una opinión pública informada, con capacidad de control y decisión. Véase Habermas, J., *Facticidad y validez: sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998, pp. 439 y ss.

En dicho contexto, el capítulo final del trabajo, se enfoca en el examen del contenido de algunos importantes preceptos de la ley, a fin de vislumbrar, si esta nueva regulación reúne las condiciones que pudieran hacer pensar que, en alguna medida, ella es apta para contribuir con el justo propósito de hacer realidad los *derechos del ciudadano: a conocer y participar* y, así, avanzar progresivamente hacia un cambio en la cultura administrativa que facilite la apertura y fluida *implicación de los ciudadanos en los asuntos públicos*.

CAPÍTULO I: LOS INTERESES LEGÍTIMOS SUPRAINDIVIDUALES: COLECTIVOS Y DIFUSOS

Introducción

En el Derecho privado siempre que el ordenamiento jurídico tutela un interés de una persona física o jurídica se transforma en derecho subjetivo. Así, pues, en las relaciones privadas los intereses de los particulares se distinguen en *derechos subjetivos e intereses*, según se hallen o no tutelados por el ordenamiento jurídico¹¹.

En el Derecho público, en cambio, la cuestión toma un cariz distinto, pues existen intereses protegidos por el ordenamiento jurídico que no son derechos subjetivos, los cuales se designan como *intereses legítimos*. Es decir, frente a la bipartición del Derecho privado: *derechos subjetivos e intereses simples*, el Derecho público establece una tripartición: *derechos subjetivos, intereses legítimos e intereses simples*¹².

En dicho contexto y, en general, puede decirse que la protección jurídica de las situaciones individualizadas de los ciudadanos está en función de dos factores: de un lado, la consolidación de tales situaciones en formas típicas-jurídico-privadas ajenas al Derecho público; de otro, la naturaleza o el

¹¹El *Derecho privado* es normalmente expresión de la *justicia distributiva* de dar a cada cual lo suyo, de modo que la norma objetiva se resuelve entera en una constelación de derechos subjetivos. Por ello la aplicación forzosa del Derecho privado queda confiada a los propios sujetos, los cuales, instando de los tribunales la protección de sus derechos subjetivos, aseguran por sí solos todas las posibilidades de cumplimiento de la Ley (es claro que el concepto de *derecho subjetivo* resulta determinante en el ámbito de las relaciones privadas, ya que al construirse la rama del Derecho privado sobre la base de los conceptos de obligación-derecho subjetivo, es natural y evidente que cualquier vulneración de la ley supone una transgresión de un derecho subjetivo). Véase González Navarro, F. *Derecho administrativo español: el acto y el procedimiento administrativo*, Eunsa, 10ª Edición, Pamplona, 1997, pp.623 y ss.

¹²Normalmente, el *Derecho Administrativo* alimenta sus normas de una valoración de los intereses colectivos, sin atender de una manera expresa a la articulación de los mismos con los intereses privados. Todo el Derecho de la organización, por ejemplo y, en general, las atribuciones de potestades que se configuran como verdaderas potestades públicas o de superioridad (por ejemplo, la legislación de obras públicas, la de orden público, la de selección de funcionarios, las potestades de ordenación económica, urbanística, etc.). Supuesto lo cual, resulta en principio imposible descomponer una norma objetiva de ese tenor en un sistema de derechos intersubjetivos. Véase García de Enterría, E. y Fernández, T.R., *Curso de Derecho Administrativo II*, Civitas, 12ª Edición, Madrid, 2011, pp. 36 y ss.

carácter de la propia actuación de la Administración, determinante de sus efectos sobre los ciudadanos¹³.

Ninguna duda ofrece la protección de las situaciones consistentes en derechos subjetivos jurídico-privados típicos (de naturaleza patrimonial), ni tampoco las de aquellas que resulten configuradas como verdaderos derechos por la acción del propio poder público, ya se trate de una acción normativa (por ejemplo, los derechos fundamentales y los demás derechos públicos subjetivos concretados legislativa o reglamentariamente), bien ejecutiva (por ejemplo, el reconocimiento de un derecho por un acto administrativo)¹⁴.

El problema comienza con las situaciones en que el ciudadano aparece singularizado, afectado, especialmente, por una actuación administrativa, en términos tales, que ésta incide sobre un bien referible a dicho ciudadano, pero dicho bien no es calificable técnicamente de derecho. Se entra, entonces, en el campo de los llamados “*intereses legítimos*”, que cubre todo el amplio espectro de tales situaciones: espectro que no es sustancialmente reductible a una única categoría (pues, en el Estado social actual resultan justamente en su mayor parte de la multiforme acción administrativa) y que es únicamente valorable, por lo tanto, a partir del Derecho positivo concreto, sin perjuicio, de la formulación de criterios generales que permitan una interpretación y valoración segura y homogénea, tal como ha procurado la jurisprudencia¹⁵.

¹³ Véase González Pérez, J., *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Civitas, 3ª Edición, Madrid, 2001, pp. 178 y ss.

¹⁴ Véase Canda, F. “La legitimación en el procedimiento administrativo nacional”, en Cassagne, J.C. (Dir.), *Proceso y procedimiento administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, pp. 129-147.

¹⁵ Véase Parejo, A., “Las situaciones jurídicas subjetivas”, en Santamaría Pastor, J.A. y Parejo Alfonso, L. (Dirs.), *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Areces, Madrid, 1992, pp.117 y ss.

Entonces, las situaciones jurídicas individualizadas tuteladas por el derecho no se circunscriben, como ya consta, a los derechos subjetivos: comprenden, además, un elenco muy variado de posiciones, que se engloban en la categoría del *interés legítimo*. La tutela jurídica de este tipo de posiciones activas se traduce en la posibilidad de hacerlas efectivas, incluso, en vía judicial cuando sean perturbadas. De ahí, que su regulación positiva se haya producido, precisamente, en la Constitución al consagrar el derecho fundamental a la *tutela judicial plena y efectiva*, que comprende tanto los *derechos* como los *intereses legítimos* (artículo 24.1 CE). Esta distinción no es meramente retórica, sino que supone una diferenciación de figuras sustantivamente diversas, en la que el interés consiste también en una situación jurídica individualizada que se caracteriza, con respecto a cualquiera otras, por su protección por el Derecho¹⁶.

En las páginas que siguen se pretende delimitar la noción de *interés legítimo* rastreando en ello tanto la labor doctrinal como jurisprudencial. Posteriormente, se aborda la temática de los llamados *intereses legítimos supraindividuales tanto colectivos como difusos*, a fin de brindar un estudio sistematizado y esclarecedor de su configuración conceptual, así como de su caracterización.

¹⁶ Véase Garberí Llobregat, J., *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 11 y ss.

I. EL INTERÉS LEGÍTIMO

1. Noción de interés

Si se quiere llevar a cabo con éxito la tarea de definir y analizar qué son los *intereses legítimos*, es obvio, que debe establecerse con anterioridad una determinación del concepto mismo de “*interés*”.

El interés es, en primer lugar, una idea *prejurídica*, aunque con importantes consecuencias en el campo del Derecho. Se trata de una noción poco precisa, poco delimitada y únicamente puede afirmarse con seguridad que se refiere a la “*actitud de alguien acerca de algo*”¹⁷. Por tanto, intuitivamente, se puede afirmar, que se trata de una relación, en sentido amplio, entre un *sujeto* y un *objeto*. Este último posee un valor cultural o económico y constituye lo que se llama un “*bien*” hacia el que se dirige la aspiración del sujeto. Es expresivo el origen etimológico de la palabra “*interés*”, que se sitúa en la locución latina “*inter ese*” –“*estar entre*”-. Entonces, se entiende, que el interés es el elemento que se sitúa *entre* el *sujeto* y el *bien*, conectándolos¹⁸.

Pero, al tratar de precisar en qué consiste esta relación, los distintos autores destacan más un aspecto de la misma que otros. Básicamente, puede establecerse una clasificación en dos posicionamientos doctrinales: por una parte, los que siguen una *concepción objetiva*, destacan en la relación entre sujeto y objeto, la posición del primero respecto al segundo¹⁹.

¹⁷Véase Guasp, J., *Derecho*, Instituto de Ciencias Jurídicas, Madrid, 1971, pp. 274 y ss.

¹⁸Véase Díez-Picazo, L., *Sistema de Derecho Civil. Introducción, derecho de la persona, autonomía privada, persona jurídica*, Vol. I, 12ª Edición, Tecnos, Madrid, 2012, pp. 411 y ss.

¹⁹Para esta posición “*el interés no significa un juicio, sino una posición del hombre, o más exactamente: la posición favorable a la satisfacción de una necesidad*”. Véase Carnelutti, F., *Teoría General del Derecho*, Comares, Granada, 2003, pp. 100 y ss.

Por otra, se encuentran los partidarios de acentuar el momento valorativo en una *concepción subjetiva* del interés: éste no sería otra cosa que la valoración de algo como medio e instrumento para realizar un fin propio o ajeno²⁰. A su vez, en esta última concepción, pueden observarse dos direcciones, según se acentúe un contenido u otro de la valoración del sujeto. Puede recalcarse la idea de *necesidad* del bien –de este modo, el interés sería la relación entre una necesidad del hombre y un objeto apto para satisfacerla- o, en cambio, puede acentuarse la idea de *utilidad*, que de todos modos presupone la idea de *necesidad* –se considera a un bien útil para colmar una necesidad que se ha planteado al sujeto-²¹.

En definitiva, la idea básica a tener en cuenta respecto a la noción *interés* es que se trata de la relación entre un sujeto y un objeto por la que se pretende evitar algún perjuicio u obtener algún beneficio. En puridad, en el aspecto *prejurídico*, lleva a inclinarse a favor de la concepción del interés como una relación valorativa entre un sujeto (singular o plural) y un objeto. Sin embargo, una vez acogido por el Derecho es susceptible también de ser definido como una *situación jurídica-subjetiva, con lo que se atiende a la posición del sujeto que realiza tal valoración frente a su objeto, ahora ya reconocida por la norma jurídica*²².

Normalmente, unos intereses están ligados a otros, mediante relaciones diversas que pueden ir desde la indiferencia hasta el conflicto y se hace necesaria una armonización de ellos, estableciendo unas prevalencias

²⁰Se considera que el concepto de interés “expresa una aspiración del hombre hacia determinados bienes (entendidos en sentido amplio) capaces de satisfacer una exigencia individual”. Véase Cesarini Sforza, W., *El Derecho de los particulares*, Civitas, Madrid, 1986, pp.48 y ss.

²¹Véase Rocco, U., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Temis, Bogotá, Vol. I, 1976, pp. 19 y ss.

²²Con ello se observa, que la concepción *doctrinal subjetiva y objetiva* no son tan contradictorias como pudiera parecer, sino que subrayan distintos aspectos de una misma relación *prejurídica: sujeto-objeto*. A partir de lo anterior, es que, probablemente, es óptimo considerar los dos factores (el posicional y el valorativo) en que se basan las dos concepciones aludidas para la determinación del contenido de ese elemento conectivo del interés.

entre unos y otros y, además, unos mecanismos para resolver los conflictos de intereses. Aquí, es donde entra en juego el Derecho, reconociendo de forma general determinados intereses en lugar de otros y otorgándoles protección con prioridad a otros que se consideran menos prevalentes.

2. Interés jurídico

A todos alcanza el que no todos los fenómenos del orden físico adquieren relevancia jurídica. El Derecho acota la parte de la realidad vital que quiere investir de una calificación propia, especificando así lo jurídico de entre el universo de lo fáctico.

Surge de ese modo, en un primer momento lógico, el *ámbito de lo jurídico*, como *conjunto de fenómenos que importan al Derecho* -por adentrarse en el espectro de la realidad que afecta a la pacífica, ordenada y justa vida de la comunidad – y que éste contempla y reglamenta. En un segundo momento, el Derecho califica aprobando o desaprobando aquello que ha sometido a su disciplina, concretando y diferenciando lo lícito de lo ilícito. Por ello puede hablarse de lo *jurídico* (como jurídicamente relevante) frente a lo extrajurídico y de lo jurídico frente a lo antijurídico²³.

Todo lo anterior puede y debe predicarse con respecto a los intereses humanos. Así, de entre la totalidad de los existentes, el Derecho, en cuanto normatividad jurídica, ya sea general (legislativa o reglamentaria) o particular (aplicativa o interpretativa), considera algunos de ellos, de acuerdo con un criterio de trascendencia jurídica, como *relevantes jurídicamente* y, entre

²³Se ha descrito la *antijuridicidad* como la “*expresión del valor preferente reconocido por el Derecho a un interés opuesto, por lo general, considerando la apreciación dominante en la conciencia social*”. Véase De Cupis, A., *El daño: teoría general de la responsabilidad civil*, Bosch, 2ª Edición, Barcelona, 1975, pp. 85 y ss.

ellos, los reconocidos y protegidos en sentido positivo. Es decir, que el conjunto de normas que integran el Derecho objetivo somete los diversos intereses que se le presentan a unos criterios de valoración, de modo que al elemento o componente meramente fáctico o material del interés se añade un elemento formal, que proviene de la calificación que del anterior se hace en dicha norma jurídica.

Por tanto, el *concepto de interés jurídico* es el que ha sido considerado por la norma como jurídicamente relevante y al que ésta brinda una protección (interés jurídicamente protegido) por considerar que se adentra en el orbe de lo jurídico y es digno de tutela jurídica. El Derecho lleva a cabo, además de esa operación de valoración o juicio de acuerdo con un criterio de relevancia y adecuación jurídica otra de *graduación o jerarquización* de los intereses jurídicamente protegidos, determinando qué intereses son más dignos de tal protección, esto es, estableciendo los que deben prevalecer y los que han de subordinarse en cada caso²⁴.

La norma sirve así para actuar una coordinación intersubjetiva de intereses, solucionando los conflictos que pueden producirse entre ellos mediante la asignación a determinados sujetos de ciertas posiciones de ventaja o prevalencia frente a otros sujetos. Por ello, en el seno del conjunto de situaciones jurídicas subjetivas puede hallarse una diversa tipología, según la forma en que sean objetivados por la norma que los reconoce. De esta manera, los intereses jurídicos pueden adquirir la forma de derechos subjetivos, que suele señalarse como el modo más *“perfecto”* de formalización jurídica del interés o simplemente intereses²⁵.

²⁴ Véase Pedraz Penalva, E., *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, Akal, Madrid, 1990, pp. 169-170.

²⁵ Véase Silva Sánchez, A., “Orígenes y fundamentación de la relevancia jurídico-social del interés”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, N°21, 2003, pp.467-502.

3. Interés legítimo

El *interés legítimo* constituye una categoría jurídica fundamental y se han elaborado sobre ella innumerables y dispares teorías, que suelen estar ligadas a su distinción con el *derecho subjetivo*. Quizás su relativa indefinición y su menor tradición dogmática hayan sido la causa de que el interés se haya convertido en un concepto multiforme con aplicaciones diversas y, a veces, contradictorias. Es de vital importancia, entonces, llevar a cabo un intento de delimitación y clarificación de este concepto. Pero antes, una breve exposición acerca de su origen y evolución en España.

3.1. Origen y evolución

El recurso contencioso-administrativo fue en el caso español limitado e insertado en un sistema de justicia retenida, según el principio “*juger l’Administration c’est encoré administrer*”. Sin embargo, se producen algunas sentencias ciertamente precoces que admiten recursos en los que se trata de proteger un “*interés legítimo*” (Real Decreto S. de 30 de junio de 1847) y aun un “*derecho a las formas*” de actuación de la Administración (Real Decreto S. de 27 de julio de 1848). Hay aquí una intuición certera aunque facilitada en su aplicación práctica por el sistema de autocontrol que el recurso supone en el sistema de la justicia retenida²⁶.

No obstante, cuando se trata de jurisdiccionalizar el recurso, doctrina, legislación y jurisprudencia admiten apodícticamente que la protección ha de limitarse a lo que son los derechos subjetivos perfectos según el modelo conocido en el Derecho Civil. El artículo 1º de la Ley Santamaría de Paredes

²⁶Véase García De Enterría, E, *La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, 3ª Edición, Civitas, Madrid, 2009, pp. 80 y ss.

de 1888 limita el recurso contencioso-administrativo a los supuestos en que un acto no discrecional o reglado “*vulnere un derecho de carácter administrativo establecido anteriormente a favor del demandante por una ley, un reglamento u otro precepto administrativo*”. El artículo 2º precisa que “*se entenderá establecido el derecho a favor del recurrente cuando la disposición que se repute infringida le reconozca ese derecho individualmente o a personas que se hallen en el mismo caso en que él se encuentra*”²⁷.

En las mismas fechas en que estas leyes configuraron el sistema de justicia administrativa, la doctrina y el parlamento italianos, más atentos a las evoluciones pragmáticas del sistema francés, constataron, que limitar la protección jurisdiccional a los derechos subjetivos era dejar sin garantía la observancia del grueso de la legalidad administrativa²⁸. En España, en cambio, se mantuvo una tradición jurisprudencial que califica determinados vicios de los actos (de competencia y de forma) como de “*orden público*”, con lo cual se subraya que los poderes fiscalizadores del tribunal se ejercen de oficio aun al margen de su denuncia en el proceso y de su invocación de un derecho subjetivo que pretenda tutela, esto último, porque nunca podría hablarse en la práctica de un derecho a la competencia de los órganos públicos o a las formas. Esta línea jurisprudencial, va acorde de un verdadero recurso “*objetivo*” justificado en la pura legalidad y no en la tutela de derechos del recurrente y, por ello, aceptable sólo para el ejercicio de

²⁷EL primer tipo de recurso contencioso-administrativo fue el de *plena jurisdicción*, es decir, era imprescindible para la impugnación del acto que éste lesionase derechos subjetivos del particular. Véase Santamaría Pastor, J.A., *Sobre la génesis del derecho administrativo español en el siglo XIX*, Biustel, Madrid, 2006, pp. 90 y ss.

²⁸ Desde entonces, la justicia administrativa está dividida en protección de *derechos subjetivos* confiada a los Tribunales ordinarios, y protección de *intereses legítimos* confiada al Consejo de Estado, partición que la Constitución vigente ha consolidado. A partir de esa distinción básica, que configuró todo un sistema de justicia administrativa, la doctrina italiana va a entrar en un esfuerzo constructivo notable para precisar la figura jurídica de los llamados “*intereses legítimos*” diferenciándolos de los derechos subjetivos. Véase Angeletti, A. *La justicia administrativa en Italia*, Universidad Externado Colombia, 1986, pp. 173 y ss.

supuestos poderes de oficio del tribunal y no por una acción subjetiva propiamente tal²⁹.

La corrección del sistema no advino ni por la jurisprudencia ni por la vía emprendida por la doctrina alemana, esto es, la de profundizar el sentido de los *derechos públicos subjetivos*³⁰. Ello se produjo por la recepción de la técnica francesa³¹, ahora en la forma del *recurso de exceso de poder* o de *anulación*. Primero, a través de la introducción del recurso de anulación en la esfera local (artículo 253 del Estatuto Municipal de 1924, y, posteriormente, en la Ley Municipal de 1935, artículo 233.b). Finalmente, por la Ley de Jurisdicción Contenciosa –LJCA–, de 27 de diciembre de 1956, que amplió la

²⁹No será a través de esta vía que se advenga un enriquecimiento del angosto sistema de protección jurisdiccional. Véase García De Enterría, E., *Hacia una nueva justicia administrativa*, 2ª Edición, Civitas, Madrid, 1992, pp. 98 y ss.

³⁰Cuando se configura la Ley Fundamental de Bonn, con la que la doctrina intenta recuperarse por vía normativa de todos los atrasos sufridos por el país en la construcción técnica de un Estado de Derecho, se formula en un lugar central (art. 19.4) la famosa “*cláusula general*” de protección jurisdiccional del ciudadano, que pretende consagrar una *lückenlose Rechtsschutz*, una protección jurídica sin lagunas. No obstante, este ambicioso planteamiento, la cláusula general declara protegibles únicamente las lesiones que los ciudadanos sufran en sus derechos. Sin embargo, la doctrina va a profundizar este concepto de derecho público subjetivo para incluir en él, además de sus contenidos tradicionales, lo que la doctrina italiana ha calificado como “*intereses legítimos*” o la francesa de situaciones protegidas mediante recursos “*objetivos*”. El concepto de Derecho se termina equiparando a situación subjetiva digna de ser tutelada, por lo que la disyuntiva en este sistema se presenta únicamente entre las categorías de derecho subjetivo e interés simple (como mero interés en la legalidad). Véase Forsthoff, E., *Tratado de Derecho Administrativo*, (Traducción Legaz Lacambra, L., Garrido Falla, F. y Gómez Ortega y Junge), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pp. 270 y ss.

³¹En Francia, el recurso por *exceso de poder* deja de ser una simple vía de petición o de denuncia y se convierte en un verdadero proceso por medio del cual se asegura el cumplimiento de la ley por la Administración. Sin embargo, no se trata de una justicia subjetiva en la que los recurrentes defienden derechos propios. Más bien se trata de un recurso objetivo, en el cual, por diferencia con los procesos tradicionales, no son derechos subjetivos sino la legalidad objetiva lo que es objeto de valoración y fallo. Por ello se le considera un mero proceso al acto, cuya sentencia sólo podía concluir en la simple anulación del acto administrativo atacado y no en la declaración de algún derecho a favor del recurrente. Del mismo modo, se intenta justificar en ese supuesto carácter objetivo del recurso los efectos *erga omnes*, no limitados sólo al recurrente de la sentencia anulatoria. El recurrente, sin embargo, es ya algo más que un denunciante actuando en defensa de la legalidad; se le exige un interés directo y personal en el asunto. El recurso lo es en interés de los administrados, y ello es necesario, puesto que son ellos los que han de ponerlo en movimiento, pero el interés que tienen en la anulación del acto se reconduce al interés de una buena administración. Se trataría de una especie de acción pública que el interesado estaría encargado de intentar en interés de todos. Véase Ferrier, J.P., “El procedimiento administrativo en Francia”, en Barnes Vásquez, J. (Coord.), *Procedimiento administrativo en el derecho comparado*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 355 y ss.

esfera de la jurisdicción ya no sólo a los derechos subjetivos sino también al *interés directo, personal inmediato y actual* (artículos 28.1 y 30), previsión que produjo un significativo ensanchamiento de las posibilidades revisoras de los órganos jurisdiccionales³².

³²Hasta su vigencia existía apenas en España una sombra de verdadera justicia administrativa, sólo limitada a unas cuantas materias tasadas, pero sin abordar (con una mínima excepción en asuntos municipales) los amplios campos abiertos desde un siglo antes por el *excès de pouvoir* francés, justicia administrada, además, por unos llamados tribunales que no eran tales y que carecían de cualquier cualificación técnica y aun de verdadera consistencia jurisdiccional.

Esta ley, memorable en la historia de Derecho público español realiza importantes aportes:

- Jurisdiccionaliza totalmente y de manera definitiva, superando totalmente todos los dogmatismos y ambigüedades anteriores, los tribunales contenciosos-administrativos, que pasan a ser un orden especializado dentro del poder judicial.
- Introduce un principio de especialización técnica en los magistrados que nutren esos tribunales, especialización que jugará un papel decisivo para la recepción plena de las más depuradas técnicas de control contencioso-administrativo.
- Entra resueltamente en la generalidad de los ámbitos inaugurados por el *excès de pouvoir* francés sin más que admitir lo que llama "*legitimación para demandar la declaración de no ser conformes a Derecho*" sobre la base de un "*interés directo en ello*" (artículo 28.1) y la referencia de la estimación del recurso a "*cualquier forma de infracción del ordenamiento jurídico*" (artículo 83.2).
- Mantiene el sistema de "*cláusula general*" de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa que había inaugurado la Ley 1888, pero despojándola resueltamente de todas las graves limitaciones y rigideces con que había sido configurada (artículo 1.1).
- Mantiene la exclusión de los actos políticos, pero en una forma que impide la extensión del concepto a verdaderos actos administrativos, mantiene igualmente la exclusión de ciertas materias por determinación de la ley (artículo 40), cuando antes se admitían las exclusiones dispuestas por simples normas reglamentarias, esto, sobre todo, rectifica resueltamente la exclusión de control de los actos discrecionales, que quedan por primera vez sometidos a la jurisdicción.
- Da pasos decisivos en materia de ejecución de las sentencias (artículo 110), aunque manteniendo los viejos dogmas de la separación de poderes que hace inicialmente competente para dicha ejecución a la Administración autora del acto enjuiciado (artículo 103) y permite ciertas hipótesis de suspensión o inexecución del fallo por acuerdo del Consejo de Ministros (artículo 105), así como respeta el viejo *privilegium principis* de la inembargabilidad de los fondos públicos (artículo 108).
- Ordena y regula en proceso de una manera especialmente simple y eficaz, dejando claro que el recurso contencioso-administrativo es una primera instancia judicial en la que es admisible, por tanto, la prueba (artículos 74 y ss.), otorgando eficaces poderes de dirección al tribunal (artículos, 43.2, 75, 79.2, 129) y proclamando de manera expresa el carácter "*espiritualista*" del proceso que subordina sus formalidades a la efectividad de la tutela; las declaraciones de inadmisibilidad de los recursos, que eran la forma más extendida de resolver éstos en el sistema anterior, se harán a partir de ahora excepcionales.

Véase García De Enterría, E. y Fernández, T.R., *Curso de derecho administrativo, II*, Civitas, 12^a Edición, 2011, pp. 585 y ss.

No obstante, el Tribunal Supremo hasta mediados de los años 60, mantuvo una interpretación restrictiva del concepto de *interés directo*, doctrina que se ve superada con la importante STS/65, de 12 de noviembre, en la que se alude a un “*concepto deliberadamente amplio de interés directo que ha de aplicarse con un criterio laxo que en situaciones dudosas, evite cerrar el acceso a la reclamación en vía contencioso-administrativa*”, llegando en esta evolución a la STS/73, de 8 de octubre, en la que se sostiene “*que no es conforme al espíritu que informa la Ley jurisdiccional una interpretación restrictiva del interés directo*”. Incluso, ahonda el Tribunal en esta visión expansiva del interés directo al declarar en STS de 9 de diciembre de 1973 que “*éste puede tener cualquier naturaleza, incluso moral, sin que sea necesario que esté dotado de un contenido material y económico*”³³.

Luego en 1978, período clave en la historia de España en que la nueva Constitución de ese año, a través, de su artículo 24.1 CE³⁴, abre nuevas posibilidades en el ámbito de la tutela judicial³⁵. De esa manera, el criterio legitimante sustentado por el interés directo se ve inmediatamente superado tanto por la doctrina del Tribunal Constitucional como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo por el *interés legítimo*. En este punto evolutivo, es donde, precisamente, se produce un paso decisivo: la sustitución del concepto de *interés directo* por el de *interés legítimo*, lo que ha supuesto la amplitud del ámbito de la legitimación en la jurisdicción contencioso-administrativa, profundizando en el término “*beneficio*” desde su

³³Véase García De Enterría, E., en García de Enterría y Alonso García, R., (Coords.), *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum* Tomás- Ramón Fernández, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 30 y ss.

³⁴ Artículo 24.1 CE “*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*”.

³⁵En España al igual que en Alemania (Artículo 19.IV de la *Grunsgesetz*) e Italia (artículos 24.1 y 113.1 de la Constitución de 1948), se ha consagrado la *concepción subjetiva* de la jurisdicción contencioso-administrativa, es decir, el predominio de la tutela de la posición subjetiva del demandante. Véase García De Enterría, E., *Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?*, Civitas, Madrid, 2007, pp. 11 y ss.

posición más tradicional referido al puramente económico hasta el actual que contempla la defensa de intereses morales o profesionales, encontrando como límite el mero interés por la legalidad (STS/2000, 11 de marzo de 2000)³⁶.

Ahora bien, desde el punto de vista del Derecho positivo, dicha expresión, “*interés legítimo*”, no encontró cabida en la legislación administrativa hasta la dictación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común -LRJPA-, concretamente, en su artículo 31.1, al considerar como *interesados* en el procedimiento administrativo: “a) a quienes lo promuevan como titulares de derechos e intereses legítimos individuales o colectivos, y c) aquellos cuyos intereses legítimos individuales o colectivos puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva”³⁷.

Cuando el artículo 31.1 de la Ley 30/92 habla del interés legítimo y de sus titulares como interesados en el procedimiento administrativo lo desvincula del criterio de la necesaria afectación directa, abandonándose la fórmula empleada tanto en la anterior ley de procedimiento administrativo que requería el interés “*legítimo, personal y directo*” para intervenir en vía

³⁶Tras la Constitución de 1978 –artículo 24– momento en que un concepto de interés mucho más amplio, *el legítimo*, adquiere relevancia constitucional, dejando al interés directo absolutamente desfasado. Véase Nieto, A., “La Discutible Supervivencia del Interés Directo”, *Revista Española Derecho Administrativo*, Nº 12, 1977, pp. 39-58.

³⁷La *interdicción de la indefensión* en la tutela de derechos e intereses (artículo 24.1 CE), ha llevado a la reelaboración del concepto de “*interesado*” en el procedimiento administrativo, extendiéndolo al titular de intereses legítimos tanto individuales como colectivos. Véase García De Enterría, E., “Sobre la formación del derecho administrativo español contemporáneo”, *Revista Complutense de Derecho Romano y Tradición Romanística*, Extraordinario Nº 20/21, 2008, pp. 207-216.

procedimental, como en el artículo 28.1.a) de la LJCA de 1956, vigente en ese entonces, que exigía “*interés directo*”³⁸.

Es el artículo 19 de la Ley 29/1998³⁹, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa –LRJC–, el que ha llevado a cabo la actualización de la regulación de la legitimación activa en el proceso contencioso-administrativo con respecto al tratamiento que daba a esta temática la LJCA del año 1956. Así, los criterios utilizados en la LJCA anterior (artículos 28 y 39) para evaluar la legitimación de cara a presentar el recurso contencioso-administrativo, consistentes en el interés directo, la titularidad de un derecho para poder instar el reconocimiento y el restablecimiento de una situación jurídica individualizada, la legitimación corporativa para la impugnación de disposiciones de carácter general y una legitimación individual para impugnar este tipo de disposiciones limitada al caso de que hubieran de ser cumplidas por los administrados directamente y sin necesidad de previo acto de requerimiento o sujeción individual, han sido sustituidos en la actual LRJC por una regulación que presenta las siguientes características fundamentales:

- a) Se reconoce expresamente la legitimación de quienes aduzcan un *interés legítimo*, concepto más amplio que el interés directo que recogía la LJCA de 1956.

³⁸Véase Santamaría Pastor, J.A., *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Carperi, Madrid, 1993, pp. 119 y ss.

³⁹El artículo 19.1 LRJCA, reconoce “*legitimación*:

- a) *Las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo.*
- b) *Las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades a los que se refiere el artículo 18 que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos.*

La Administración del Estado cuando ostente un derecho o interés legítimo para impugnar los actos y disposiciones de la Administración de las Comunidades Autónomas y de los Organismos públicos vinculados a éstas, así como los de las Entidades Locales de conformidad con lo dispuesto en la legislación de régimen local, y los de cualquier otra entidad pública no sometida a su fiscalización”.

- b) Acerca de la legitimación para recurrir disposiciones de carácter general, el artículo 19 de la actual LRJCA no planea diferencia alguna en relación con los criterios aplicables a los recursos frente a actuaciones singulares de los órganos públicos. Por lo tanto, la legitimación frente a estas disposiciones se regirá también por el criterio de *interés legítimo* de las personas afectadas, sin perjuicio, de que se reconozca, asimismo, la legitimación general de las corporaciones, asociaciones y sindicatos que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos (artículo 19.1.b).
- c) Además, el artículo 19.1.b) de la LRJCA amplía la legitimación a determinados grupos y entidades sin estructura societaria, lo cual abarca determinados supuestos relativos a los llamados “*intereses difusos*”.
- d) El artículo 19.1. de la LRJCA complementa las anteriores reglas básicas de legitimación con otras reglas especiales que precisan los criterios para reconocer la legitimación de la Administración del Estado, basada también en el *interés legítimo* de las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Entidades locales, a las que sólo se reconoce legitimación para impugnar los actos y disposiciones que afecten a su ámbito de autonomía y de las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, que podrán impugnar los actos o disposiciones que afecten al ámbito de sus fines, y que prevén también la legitimación del Ministerio Fiscal para intervenir en los procesos que determine la ley y la legitimación de cualquier

ciudadano para ejercer la *acción popular*⁴⁰, pero solamente en los casos expresamente previstos por las leyes.

Como se observa, el artículo 19 de la LRJCA hace del *interés legítimo* el eje en torno al cual lleva a cabo la regulación de la legitimación en el proceso contencioso-administrativo, en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de los órganos judiciales ordinarios, encabezados por el Tribunal Supremo, que ya previamente a la elaboración de la actual LRJCA habían saltado por encima de la regulación de la legitimación de la LJCA anterior y habían aplicado directamente estos criterios de legitimación, al entender que ello era una exigencia derivada de los términos del reconocimiento del derecho a la tutela judicial del artículo 24 de la Constitución.

3.2. Doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo acerca del interés legítimo

El presente epígrafe se centra en el examen de la interpretación que ha dado la jurisprudencia al concepto de “*interés legítimo*” como clave para reconocer al recurrente legitimación activa en el proceso contencioso-administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional viene construyendo la noción de “*interés legítimo*” en torno a los concepto de *ventaja*, *beneficio* o *utilidad* y de corrección de un *perjuicio*, de modo que pueden considerarse relevantes los pronunciamientos de la STC 143/1994, según la cual la expresión interés legítimo “*equivale a titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por*

⁴⁰La *acción popular*, como regla general, no habilita para el ejercicio de acciones en el ámbito contencioso-administrativo y para cuya efectividad requiere que una ley reconozca expresamente una acción popular (ámbitos urbanísticos, costero-ambiental y defensa del patrimonio histórico).

*parte de quien ejercita la pretensión y que materializaría de prosperar ésta*⁴¹, y de la STS de 19 de noviembre de 1993, para la que *“el interés legítimo que establece la legitimación para recurrir en vía contencioso-administrativa está conectado con el concepto de perjuicio, de modo que el interés se reputa que existe siempre que pueda presumirse que la declaración jurídica pretendida habría de colocar al accionante en condiciones legales y naturales de conseguir un determinado beneficio material o jurídico o, incluso, de índole moral –sin que sea necesario que quede asegurado de antemano que forzosamente haya de obtenerlo, ni que deba tener apoyo en un precepto legal expreso y declarativo de derechos-, así como cuando la persistencia de la situación fáctica creada o que pudiera crear el acto administrativo ocasionara un perjuicio”*⁴².

El concepto de *interés legítimo* aporta el criterio con el que hay que evaluar la concurrencia de lo que el sector mayoritario de la jurisprudencia denomina como legitimación procesal o *ad causam* en el recurso contencioso-administrativo, que para la STS de 4 de marzo de 2003 *“implica una aptitud para ser parte, centrándose en la existencia del interés cualificado y específico que se identifica con la obtención de un beneficio o desaparición de un perjuicio en el supuesto que prospere la acción ejercitada en la forma amplia que el concepto de interés legítimo otorga al artículo 24.1 de la Constitución”*⁴³.

De acuerdo con la misma sentencia, la legitimación *ad causam* supone *“la necesidad de constatar la interrelación existente entre el interés*

⁴¹Esta sentencia cita, a su vez, las SSTC 60/1982, 62/1982, 257/1988 y 97/1991.

⁴²En el mismo sentido, la STS de 4 de marzo de 2003.

Véase Fernández-Corredor Sánchez-Diezma, J., “Criterios Jurisprudenciales más Relevantes en Materia de Legitimación en el Recurso Contencioso-Administrativo”, en Sospedra Navas, F. (Dir.), *Seguridad Jurídica, Legitimación y Cosa Juzgada*, Centro de Documentación Judicial, 2006, pp. 215 y ss.

⁴³Véase González Pérez, J., *Ley de la jurisdicción contencioso administrativa: jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 300 y ss.

legítimo invocado y el objeto de la pretensión”, y comporta, como dijo previamente, la STS de 21 de abril de 1997 “la atribución a un determinado sujeto de un derecho subjetivo reaccional, que le permite impugnar una actuación administrativa que él considera ilegal, y que ha incidido en su esfera vital de intereses y la defensa de ese derecho requiere, como presupuesto procesal, que el acto impugnado afecte, por tanto, un interés del recurrente”.

Otra línea jurisprudencial opta por distinguir entre legitimación *ad causam* y legitimación *ad processum*, como ocurre en la STS de 25 de junio de 2002, para la cual hay que diferenciar entre *“legitimación activa ad causam, cualidad de un sujeto consistente en hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que ejercita, y la legitimación ad procesum que determina la capacidad procesal y la sustitución del concepto del interés directo por el interés legítimo, que equivale a una titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión” (en coherencia con las SSTC 60/1982, 62/1983)*⁴⁴.

Sin embargo, para comprender las anteriores definiciones de interés legítimo, es necesario precisar en qué consiste la ventaja o utilidad que le da contenido a aquél, que puede ser:

⁴⁴La distinción entre ambos tipos de legitimación es solamente una reminiscencia de la tradición jurídica, que no sirve para comprender lo que hoy en día se entiende por legitimación, si bien una parte de la jurisprudencia ha tendido a utilizar la expresión legitimación *“ad causam”*, si bien también se ha utilizado la de legitimación *“ad processum”* para denominar el concepto moderno de legitimación, que de una manera sintética, se puede definir como *“la facultad de acceder al proceso para defender un derecho o interés legítimo propio o de un representado por un vínculo de origen contractual o legal frente a actuaciones que afecten de manera lesiva a tal derecho o interés”*. Véase Montero Aroca, J., *Derecho Jurisdiccional, T.II, (Proceso Civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 70 y ss. Véase Sánchez Morón, M., “El acceso a la tutela judicial contencioso-administrativa en la reciente jurisprudencia constitucional”, *Revista Derecho Administrativo*, N° 32, 2006, pp.39-60.

- Una *ventaja o utilidad inmediata*, en el caso de que el reconocimiento de la pretensión tenga como consecuencia directa la inmediata integración de la ventaja o utilidad en el patrimonio jurídico del recurrente. A su vez, la *ventaja o utilidad inmediata*, puede manifestarse, bien como aportación de una nueva ventaja o utilidad que se añade al patrimonio jurídico del recurrente, bien como eliminación de un perjuicio producido por una determinada actuación administrativa que ocasiona una merma en el patrimonio jurídico de aquél⁴⁵.
- Una *ventaja o utilidad mediata o indirecta*, si el reconocimiento de la pretensión no produce la aportación directa de la ventaja o utilidad cuyo logro constituye la finalidad última del recurrente, pero coloca a éste en una posición más favorable de cara a procurar el logro de la ventaja o utilidad siguiendo el procedimiento establecido para ello por el ordenamiento jurídico, al eliminar un obstáculo introducido de manera ilícita por la actuación administrativa recurrida⁴⁶. Esta modalidad consiste, pues, en un mero interés en que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento, sin oponer obstáculos al logro de la pretensión del particular⁴⁷. De esta forma,

⁴⁵El interés legítimo se manifiesta para la STS de 4 de marzo de 2003, cuando la consecución del objeto de la pretensión deducida en el recurso “*puede producir un efecto positivo en la esfera jurídica del denunciante o puede eliminar una carga o gravamen en esa esfera*”.

⁴⁶Para la STS de 19 de noviembre de 1993 el interés legítimo “*existe siempre que pueda presumirse que la declaración jurídica pretendida habría de colocar al accionante en condiciones legales y naturales de conseguir un determinado beneficio material o jurídico o, incluso de índole moral –sin que sea necesario que quede asegurado de antemano que forzosamente haya de obtenerlo, ni que deba tener apoyo en un precepto legal expreso y declarativo de derechos*”. Del mismo modo, la STS de 24 de septiembre de 1992 reconoce la legitimación, aunque los beneficios o perjuicios derivados del acto “*se produzcan por vía indirecta o refleja*” (en análogo sentido, SSTs de 14 de julio de 1988 y 7 de febrero de 1989).

⁴⁷Así, el interés legítimo “*consiste en el que tienen aquellas personas que, por la situación en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados, tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando con motivo de la persecución de sus propios fines generales, incidan en el ámbito de ese interés propio*,

tienen legitimación activa, por ejemplo, los funcionarios participantes en un concurso de traslado que impugnan las bases y baremos por los que se rige dicho concurso o bien los resultados de la aplicación de tales bases y baremos. Sin embargo, no existe un interés jurídicamente relevante cuando la estimación de las pretensiones de los funcionarios actores no alcanzaría a producir la modificación de la situación jurídica de aquéllos, bien porque no se hubieran presentado al concurso, o bien porque la aplicación a los baremos y bases de las correcciones propuestas no fuera suficiente para alterar el resultado del mismo⁴⁸

A su vez, el carácter de la ventaja o utilidad debe interpretarse con un sentido amplio, que englobe tanto las utilidades económicas que el reconocimiento de la pretensión puede reportar al recurrente, como el resarcimiento de posibles daños morales y, en general, la atribución al particular de cualquier facultad apta para actuar en el sentido por él pretendido⁴⁹.

aunque la actuación de que se trate no les ocasione, en concreto, un beneficio o servicio inmediato” STS de 19 de noviembre de 1993, y, en el mismo sentido, entre otras, las SSTS de 16 de julio de 1987, y de 8 de abril de 1994.

Resulta interesante, en esta materia aludir, siquiera someramente, a la experiencia de Italia, donde la distinción entre *derecho subjetivo* e *interés legítimo* ha servido tradicionalmente para determinar el ámbito de respectivo de las jurisdicciones ordinaria y contencioso-administrativa. La figura del derecho subjetivo, en Italia, designa un vínculo impuesto por la norma a la Administración, que es idóneo para garantizar a un individuo una utilidad sustancial y directa, mientras que el interés legítimo surge cuando el comportamiento de la Administración no es idóneo para conseguir directamente la realización de un interés sustancial de los particulares, pero sí puede satisfacer en forma mediata y eventual el interés del particular, por lo que la utilidad garantizada podrá tener sólo carácter instrumental, estando representada sólo por un comportamiento conforme a la Ley de la Administración. De dicha utilidad instrumental, referida al hecho de que la Administración se comporte conforme a la Ley, puede resultar para un particular la realización *mediata y eventual* de un interés sustancial, como, por ejemplo, ocurre en el caso de las normas que imponen a la Administración el seguimiento del procedimiento establecido para cubrir una plaza de funcionario, que no garantiza el nombramiento al interesado, pero sí que éste va a concurrir en igualdad de posibilidades. Véase Alessi, R., *Instituciones de derecho administrativo*, vol. II, Bosch, Barcelona, 1970, pp. 444 y ss.

⁴⁸SSTC 167/1986 y 363/1993.

⁴⁹STS de 19 de noviembre de 1993.

Como conclusión, puede decirse, que la esencia del concepto de *interés legítimo* se halla en la posibilidad de modificación de la posición jurídica del recurrente en su relación con la Administración como consecuencia del reconocimiento de las pretensiones suscitadas a través del proceso, por hacerle acreedor a una prestación de carácter económico por parte de la Administración, a una obligación de la Administración a actuar en un determinado sentido con incidencia favorable en sus intereses o de cesar en una actuación que le cause un perjuicio en sus intereses, al reconocimiento de una determinada situación jurídica o al reconocimiento de una determinada facultad de actuar en sus relaciones con la Administración⁵⁰.

El interés legítimo se caracteriza por las siguientes notas⁵¹:

- a) Puede ser un interés tanto *individual* como *colectivo*, pero para la calificación del interés como uno u otro debe atenderse a la naturaleza del sujeto que porta el interés y no al tipo de actuación administrativa (acto o disposición) que aquél desee recurrir. Esta caracterización amplia del interés puede dar lugar en la práctica a los siguientes supuestos:

⁵⁰Por ejemplo, no puede alegarse que la imposición de una sanción al Juez que ha decidido un proceso en sentido contrario a las pretensiones del recurrente constituya por sí misma la satisfacción de un interés, ya que *“el éxito de esa petición no produciría en principio ningún efecto favorable en la esfera jurídica del actor, pues la eventual sanción que pudiera ser impuesta, por sí sola, no le originaría ventaja alguna, ni le eliminaría ninguna carga o inconveniente”*, en definitiva, no tendría repercusión alguna con respecto al objeto real de sus pretensiones, ya resueltas en el proceso previo y al que la vía disciplinaria no puede afectar.. En fin, no se puede utilizar el proceso contencioso-administrativo para sobreponer a la vía jurisdiccional seguida un ulterior procedimiento disciplinario contra el Juez del que el recurrente no obtuvo la solución de la que se estimaba acreedor (SSTS de 6 de febrero de 2001 y 4 de marzo de 2003, entre otras). Véase Carrasco Durán, M., “Examen jurisprudencial del concepto de interés legítimo aplicado a la defensa de los derechos fundamentales en el proceso contencioso-administrativo”, *Revista Derecho Procesal*, Nº 1-2, 2004, pp. 231-270.

⁵¹Véase Parejo Alfonso, L., *“Los derechos subjetivos y los intereses legítimos”*, en Parejo Alfonso, L. y Santamaría Pastor, J.A. (Dirs.), *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, pp. 143 y ss.

- Legitimación individual para la defensa de derechos e intereses propios del individuo, contra una actuación administrativa singular o una disposición administrativa de carácter general, sin que el carácter de disposición general de una norma pueda utilizarse para inhibir el reconocimiento del interés individual necesario para formular el recurso.

- Legitimación individual para la defensa de derechos e intereses ajenos cuya representación le haya sido conferida al individuo directamente por la Ley o a través de un procedimiento legalmente establecido. De este modo, se admite la legitimación activa de quienes quieran comparecer por vía sucesoria. Sin embargo, *“no resulta extensible a la defensa de derechos ajenos de los que son titulares otras personas, sin que pueda suplirse por la mera alegación de sentirse obligada moralmente a abogar por ellos, ya que sólo la adecuada relación jurídica basada en el interés propio fundamenta la legitimación ad causam”*.

- Legitimación de entes colectivos, con personalidad jurídica propia para la defensa de derechos o intereses cuya titularidad se reconoce a la persona jurídica, en cuanto tal, o para la tutela de derechos cuyo reconocimiento a estos entes es necesario para que puedan llevar a cabo los fines que constituyan su objeto social o cuya defensa constituya precisamente uno de los fines integrantes de su objeto social, en este último caso, coexistiendo, en algunas ocasiones, con la legitimación individual de los afectados.

- Legitimación individual de los miembros de grupos sin personalidad jurídica para la defensa de derecho e intereses propios de estos grupos afectados por una actuación administrativa cuyos efectos

repercutan perjudicialmente, de forma indirecta, en los miembros de los grupos.

- En el mismo caso anterior, legitimación colectiva de los propios grupos afectados y de algunos entes sin personalidad jurídica, cuando la Ley así lo declare expresamente, habilitándolos para la defensa de derechos e intereses legítimos colectivos.
 - Legitimación para intervenir en el proceso de quien, habiendo visto satisfecho un interés como consecuencia de un acto administrativo, ve recurrido dicho acto por terceros que no hayan recibido satisfacción a un interés de igual naturaleza por parte de dicho acto. En tal caso, la legitimación deriva del interés por evitar el perjuicio que en la esfera de intereses legítimos del primero produciría la eventual estimación del recurso presentado contra el indicado acto⁵².
- b) Puede ser un *interés inmediato o mediato*. Sobre este punto, remitirse a la distinción que se hizo al comienzo de este epígrafe entre los distintos tipos de ventaja o utilidad que incluye el interés.

⁵²Por ejemplo, la STC 31/2002, señala que deben ser citados a comparecer en un recurso todos aquéllos que hayan sido admitidos al concurso para la provisión de una plaza de catedrático en la Universidad, ya que ostentan un legítimo interés en que se respete la validez de la convocatoria impugnada, en la medida en que tienen la expectativa de ser nombrados para ocupar la plaza convocada. En fin, los opositores admitidos tienen un legítimo interés en que no se anule la convocatoria de una oposición que haya sido recurrida (en igual sentido, las SSTC 72/1999, 152/1999, 20/2000). De igual modo, la STC 69/2003, señala que el titular del derecho a la percepción de un recargo de prestaciones por accidente de trabajo tiene derecho a ser emplazado para comparecer en el proceso en el que la empresa recurrió la resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social por la que se reclamaba el pago de dicho recargo, aunque su objeto difiera del correspondiente proceso en el que se trató sobre la declaración del derecho al recargo de prestaciones del trabajador y la imposición de dicho recargo a la empresa, debido a que “*existe una conexión jurídica indudable entre la resolución del INSS que declara el derecho al recargo de prestaciones del trabajador y la resolución de la TGSS por la que se reclama a la empresa responsable el pago de dicho recargo, en cuanto que el presupuesto de este acto recaudatorio es precisamente aquella resolución del INSS*”.

- c) Se trata de un *interés concreto*, no abstracto. Como manifiesta la STS de 4 de marzo de 2003 *“por interés debe reputarse toda situación jurídica individualizada, caracterizada, por un lado, por singularizar la esfera jurídica de una persona respecto de las de la generalidad de los ciudadanos o administrados en sus relaciones con la Administración Pública, y dotada, por otro, de consistencia y lógica jurídico-administrativas propias, independientes de su conexión o derivación con verdaderos derechos subjetivos”*. Por lo tanto, para poder invocar un interés legítimo es necesario que exista una actuación administrativa que afecte al recurrente de forma que su situación jurídica quede singularizada como se ha indicado.
- d) Se trata de un *interés actual o futuro*, pero cierto: como regla general, el recurrente debe estar sufriendo de forma efectiva, en el momento de formular el recurso, el daño que motiva aquél, de modo que la estimación de sus pretensiones tenga como consecuencia directa la modificación de su posición jurídica frente a la Administración, mediante la eliminación de un perjuicio actual, el reconocimiento de una situación jurídica en la cual el actor debe ser repuesto inmediatamente por la Administración, el reconocimiento de su condición de acreedor actual de una determinada prestación de la Administración o el reconocimiento de una facultad de actuar que puede ejercerse inmediatamente. Sin embargo, se admite el recurso contra un daño futuro, pero inminente, que sea consecuencia necesaria de la actuación administrativa o la disposición que se recurre⁵³, y el recurso contra un acto dirigido inequívocamente a

⁵³Así, la STS de 11 de noviembre de 1992 define la legitimación activa como *“aquel presupuesto procesal que implica una relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto singular o disposición general impugnados), de tal forma que su anulación produzca un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto”*. En el mismo sentido, la STS de 4 de marzo de 2003, que cita las SSTC 565/1994, 105/1995, 122/1998 y 1/2000. La STS de 28 de abril de 2003 admite la legitimación de quienes ocupan cargos en los órganos de gobierno de organizaciones

producir una restricción del ejercicio de un derecho, aun cuando, por circunstancias externas y sobrevenidas, pudiera luego no tener virtualidad efectiva o significación y operatividad real⁵⁴.

De este modo, la STC 195/1992, señala que el criterio para la *“legitimación activa consiste en un interés legítimo, real y actual, que puede ser tanto individual como corporativo, y que también puede ser directo o indirecto”*. Asimismo, las SSTs de 19 de noviembre de 1993 y 8 de abril de 1994 señalan que *“el interés legítimo para recurrir en vía contencioso-administrativa... no sólo es superador y más amplio de aquél (interés directo,) sino que también es, por sí, autosuficiente, en cuanto que presupone que la resolución administrativa a dictar ha repercutido o puede repercutir, directa o indirectamente, pero de un modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien se persona”*.

En principio, la titularidad del derecho o interés legítimo debe darse al tiempo del inicio del proceso contencioso-administrativo, pero debe citarse también a los interesados en un asunto cuyo interés haya sobrevenido en un momento posterior en el cual sea factible aún la competencia de aquéllos en

empresariales para recurrir una resolución de la Generalidad Valenciana que consideraba tal hecho como causa de incompatibilidad para ser Presidentes o Vicepresidentes de las Cámaras oficiales de Comercio, Industria y Navegación de la Comunidad Valenciana. En este caso, la aplicación de la causa de incompatibilidad a los recurrentes quedaba sometida a una condición hipotética, ya que aquélla sólo sería eficaz *“si resultaban elegidos vocales”*, pero, al mismo tiempo, la realización de esta condición tenía como consecuencia automática la aplicación de la incompatibilidad para simultanear ambos puestos, lo cual hizo que el Tribunal Supremo apreciase la existencia de legitimación en aquellas personas que en el momento de presentar el recurso contencioso-administrativo ocupaban cargos en los órganos de gobierno de dichas organizaciones. Consideró, pues, la sentencia que aquéllos *“ostentaban un interés legítimo, consistente en que no se les aplicase la incompatibilidad en cuestión”*.

⁵⁴Es el caso de la STS de 21 de febrero de 1998, en la que se anuló un acuerdo del Consejo General del Poder Judicial que ordenaba a uno de sus miembros abstenerse en las votaciones para la provisión de una plaza de Magistrado de una Sala del Tribunal Supremo. El acuerdo se anuló por haberse cometido varias irregularidades en el procedimiento conducente a su adopción, y ello, pese a que el Pleno del Consejo General del Poder Judicial no pudo constituirse por falta de quórum debido a haberse producido varias dimisiones en su seno. Se consideró en la sentencia que lo decisivo era la referida obligación de abstenerse, que, en todo caso, se le impuso al recurrente.

el proceso y que puedan ser convenientemente identificados al recibir el expediente administrativo de la Administración de la que haya emanado el acto administrativo recurrido⁵⁵.

Por el contrario, *“las meras expectativas contra agravios potenciales o futuros no bastan para plantear un recurso contencioso-administrativo”* (SSTS de 15 de septiembre de 1992 y 29 de abril de 1993, de modo que, *“no pueden plantearse al juez cuestiones no actuales ni efectivas, futuras o hipotéticas o cuya decisión no tenga incidencia alguna en la esfera de derechos e intereses del actor”* (STC 71/1991)⁵⁶.

En relación con el derecho de huelga, la STC 148/1993, considera que la legitimación existe aunque haya transcurrido el momento en el que se hayan aplicado los servicios mínimos recurridos, ya que el interés viene determinado por los posibles perjuicios derivados de la resolución que se impugna, por la conveniencia para el sindicato recurrente de justificar su

⁵⁵Este último es el caso de un catedrático de la Universidad que se ve anulada la convocatoria a un concurso para la provisión de la plaza que se le había concedido, a consecuencia de un recurso contra dicha convocatoria en el que no se le había citado. Si bien en el momento de presentación del recurso aquél no había sido aún admitido definitivamente al concurso, cuando la Universidad remitió el expediente al órgano judicial, su admisión al concurso ya se había producido y se encontraba perfectamente identificado en dicho expediente. En virtud de estas circunstancias, la STC 31/2002 consideró que debió haber sido citado mediante emplazamiento personal (y no por edictos, como hizo el órgano judicial) para comparecer en el proceso como coadyuvante. En contraste, no pueden ser citados a la fase inicial de un proceso los compradores de viviendas en un edificio cuya licencia de obras fue declarada nula por la sentencia que resolvió el asunto, debido a que la compra de sus viviendas se produjo en un momento muy posterior al comienzo de aquél y no se hallaban identificados en el correspondiente expediente administrativo (STC 18/2002). Aunque el órgano judicial sí los citó en el trámite de ejecución de la sentencia y, de hecho, ordenó la paralización de las demoliciones acordadas por aquélla para evitar perjuicios irreparables.

⁵⁶En el recurso de amparo, el Tribunal Constitucional ha señalado que es necesaria una violación conocida y cierta (ATC 98/1981) y que *“no cabe una acción de amparo de carácter cautelar por una lesión simplemente temida”* (STC 123/1987), ya que *“el juicio de amparo no puede establecerse sobre la mera posibilidad en abstracto de que la violación se produzca”* (STC 162/1985). Así, *“no cabe anticipar por su interposición eventuales restañamientos de lesiones temidas que no tan siquiera se puede decir que hayan dado comienzo”* (ATC 566/1989), ni lesiones futuras no actuales (ATC 600/1989) o hipotéticas, pues no se trata de *“garantizar en abstracto la correcta aplicación de los preceptos de la Constitución que recogen y garantizan derechos fundamentales, sino sólo para reparar o, en su caso, prevenir lesiones concretas y actuales de tales derechos”* (ATC 47/1999).

actuación en el momento de la huelga, por la posibilidad de contar con un criterio de actuación para ocasiones futuras, por el perjuicio económico causado por una condena en costas en la instancia previa y, en fin, porque *“la demora ínsita al agotamiento de la vía judicial previa, en modo alguno, puede desvirtuar la finalidad del proceso constitucional”*.

Por cuanto hace a los acuerdos de suspensión cautelar de empleo y sueldo producidos en el curso de la tramitación de expedientes sancionadores, pueden ser recurridos de forma independiente sin esperar a la resolución de dicho expediente si se les atribuye una infracción que se derive directamente de dicho acuerdo de suspensión, como ocurre cuando se alega la vulneración del derecho a la tutela judicial o del principio de legalidad penal si la suspensión se alarga indebidamente ante la demora excesiva de la tramitación del expediente sancionador o si se impone al funcionario la suspensión cautelar al margen de todo procedimiento de exigencia de responsabilidades. Sin embargo, no es posible alegar en un recurso contra el acuerdo de suspensión provisional de empleo y sueldo los derechos que el recurrente considere que vulneraría una hipotética resolución sancionadora que aún no se ha producido cuando se presenta el recurso⁵⁷.

La carencia de legitimación no puede dar lugar a la inadmisión del recurso cuando para llegar a demostrar la falta de interés en el proceso del recurrente hay que examinar previamente el tema de fondo, como ocurre, por ejemplo, cuando la falta de legitimación sería resultado de la cancelación de la inscripción en el Registro de partidos políticos y el objeto del recurso es la anulación de dicha cancelación (STS de 7 de diciembre de 1982). Igualmente, en el caso de impugnación de las bases y baremos de un concurso de traslado entre funcionarios, si la falta de legitimación pretende

⁵⁷Véase STS de 8 de noviembre de 1985.

basarse en una incorrecta ponderación por parte de los recurrentes de los criterios incluidos en los baremos que constituyen el objeto del enjuiciamiento (SSTC 167/1986 y 363/1993). En estos supuestos, el enjuiciamiento acerca de la legitimación coincide con el juicio que se solicita al Tribunal con respecto al fondo del proceso, por lo cual, la decisión del Tribunal deberá fundarse sobre el resultado de la actividad procesal en materia de alegaciones y pruebas que permiten a las partes las normas procesales⁵⁸.

3.3. Concepciones doctrinales sobre el interés legítimo

Una vez realizada una exposición relativa a la caracterización que la jurisprudencia ha hecho de la figura del interés legítimo, resulta conveniente referirse a continuación a las concepciones doctrinales en torno a ella.

3.3.1. El interés legítimo como derecho subjetivo reaccional

A) Derechos subjetivos típicos

La figura subjetiva activa por excelencia en el ámbito del Derecho privado es la del *derecho subjetivo*. Esta figura se edifica sobre el reconocimiento por el derecho de un poder a favor de un sujeto concreto que puede hacer valer frente a otros sujetos, imponiéndoles obligaciones o deberes, en su interés propio, reconocimiento que implica la tutela judicial de dicha posición.

Esta figura, en sus mismos términos resulta aplicable en el Derecho administrativo, tanto a favor de la Administración como a favor del

⁵⁸En el mismo sentido, las SSTs de 30 de noviembre y 20 de diciembre de 1982.

administrado, el cual puede ser en efecto, titular de derechos subjetivos de esa naturaleza común frente a la Administración por lo menos en tres supuestos⁵⁹:

1. Derechos de naturaleza patrimonial, tanto los de naturaleza obligacional en sus tres clases: contractual, extracontractual por daños y legal, como de naturaleza real en sus varias formas y contenidos (desde simple poseedor a la de propietario, titular de servidumbre sobre bienes de la Administración, derechos de aprovechamiento sobre bienes públicos, etc.).
2. Derechos creados, declarados o reconocidos por actos administrativos singulares a favor de una persona determinada (concesionarios, autorizaciones, etc.).
3. Situaciones de libertad individual articuladas técnicamente como derechos subjetivos (no todas las libertades públicas constitucionalmente declaradas están construidas con la técnica del derecho subjetivo).

En estos tres supuestos, es clara la aplicación del mecanismo técnico del derecho subjetivo en su sentido más tradicional e indiscutible: se trata de situaciones de intereses evidentemente privados, en servicio de los cuales el ordenamiento confiere un poder a favor de su titular, con el cual puede imponer a la Administración una conducta (una prestación o una abstención, un deber)⁶⁰.

⁵⁹Véase García De Enterría, E. y Fernández, T.R., *Curso de Derecho Administrativo* II, 12ª Edición, Civitas, 2011, pp. 35-36.

⁶⁰El mecanismo técnico del *derecho subjetivo* presenta algunas peculiaridades en su inserción en una relación jurídico-administrativa: primera, todas las derivadas de la posición privilegiada de la Administración, especialmente, del privilegio básico de la autotutela; segunda, eventualmente, algunos de esos derechos subjetivos del ciudadano pueden ser objeto de sacrificio o modificación o limitación

B) Derechos subjetivos reaccionales

El problema verdaderamente importante que plantea el tema de las figuras subjetivas activas del administrado no es el de las peculiaridades de las formas típicas de derechos subjetivos de contenido técnico común con los que se conoce en el Derecho privado, sino, precisamente, su extraordinaria limitación de ámbito. Fuera del campo limitado que ellos cubren queda lo más importante de las posibilidades de actuación de la Administración. Si el administrado sólo dispusiese de poder jurídico para imponer a la Administración el cumplimiento de la ley en esos tres supuestos tasados, la mayor parte de la legalidad administrativa quedaría fuera del alcance de los particulares⁶¹.

El Derecho privado es normalmente expresión de la justicia distributiva de dar a cada cual lo suyo, de modo que la norma objetiva se resuelve entera en una constelación de derechos subjetivos –por ello la aplicación forzosa del Derecho privado queda confiada a los propios sujetos, los cuales, instando de los tribunales la protección de sus derechos subjetivos, aseguran por sí solos todas las posibilidades de cumplimiento de la ley-. Pero, el Derecho administrativo está articulado de otro modo⁶².

Normalmente, el Derecho administrativo alimenta sus normas de una valoración social sin atender a la articulación de los mismos con los intereses privados. Todo el Derecho de la organización, por ejemplo, y, en general, las atribuciones de potestades que se configuran como verdaderas potestades públicas (legislación de obras públicas, de orden público, ordenación

por parte de la Administración. Véase Nieto, A., “La vocación del Derecho administrativo de nuestro tiempo”, *Revista Administración Pública*, N° 76, 1975, pp.27-28.

⁶¹Véase Montiel, F., “El ciudadano y el administrado”, *Revista Administración Pública*, N° 48, 1977, pp. 127-140.

⁶²Véase González Pérez, J. *El administrado*, Abella, Madrid, 1966, pp. 100 y ss.

económica, urbanística, etc.), resultando imposible descomponer una norma objetiva en un sistema de derechos subjetivos.

Nadie puede pretender, por ejemplo, tener derecho a que un ayuntamiento se constituya, adopte acuerdos -como la legislación regula-, etc. Entonces, tales normas ¿no podrán ser hechas valer por los ciudadanos? El resultado es que si los ciudadanos no pudiesen imponer a la Administración la observancia de las leyes, éstas carecerían de verdadera eficiencia frente a la Administración. Así, la pregunta que surge en relación a estas situaciones subjetivas es la siguiente: ¿se trata de una situación jurídica diferente de los derechos subjetivos o se trata de una tutela abstracta de la legalidad?⁶³

Primeramente, no se puede valer la idea de un recurso objetivo o en puro interés de la legalidad. Esta idea puede tener su curso cuando se trate del ejercicio de acciones populares. Pero fuera de este supuesto limitado, se hace necesario comprender que los recurrentes defienden lo que vívidamente entienden ser sus derechos o al menos sus intereses propios.

La actitud del afectado, constituye una defensa frente a un perjuicio que le causa el acto de la Administración, perjuicio que él estima injusto en cuanto causado al margen de la legalidad que pauta la actuación legítima de la Administración. Así, se revela que lo que mueve al recurrente no es un abstracto interés por la legalidad sino estimar que la Administración le está perjudicando al obrar fuera de la legalidad, y, por tanto, ese perjuicio debe ser suprimido mediante la eliminación del acto ilegal que le causa. Aquí, se conectan interés subjetivo y legalidad objetiva⁶⁴.

⁶³Véase García De Enterría, E., “Sobre los derechos públicos subjetivos”, *Revista Española Derecho Administrativo*, N° 6, 1975, pp.427-446.

⁶⁴La jurisprudencia española ha concretado que por interés “*ha de entenderse precisamente un perjuicio que el acto cause o un beneficio que de su eliminación resulte al recurrente*” (STs. de 23 de

Se trata de que el ordenamiento ha apoderado al sujeto que sufre un perjuicio causado por una actuación ilegal de la Administración, para anular el acto que le causa dicho perjuicio. Esto naturalmente dista mucho de ser una simple regla procesal es, por tanto, una regla material, una extensión sustancial de la tutela, en virtud de la cual nadie está obligado a soportar perjuicios causados por actos ilegales de la Administración, atribuyendo a los sujetos, a este efecto, una acción anulatoria de dichos actos, una acción dirigida a la eliminación de los mismos⁶⁵.

Es decir, es el otorgamiento de un específico derecho subjetivo. Éste consiste, esencialmente, en la posibilidad atribuida al individuo de poner en movimiento una norma objetiva en su propio interés. Resulta equívoco pretender que aquí no hay derecho subjetivo por la razón dogmática de que la norma que ha de juzgar la validez del acto es una norma destinada a servir sólo al interés general. Todas las normas objetivas y no sólo las administrativas están basadas en el interés general. Pero, donde está el derecho subjetivo no es en la violación abstracta de la norma, sino en la acción que se otorga para eliminar el acto que habiendo violado la norma, causa un perjuicio personal al ciudadano⁶⁶.

En conclusión, se está frente a verdaderos derechos subjetivos. Al reconocer al ciudadano una acción jurisdiccional para lograr la eliminación de los actos administrativos que incurrieren en cualquier forma de infracción del ordenamiento jurídico, la jurisprudencia o las leyes no están atribuyendo a

febrero y 12 de noviembre de 1965; 26 de abril de 1973; 4 de febrero de 1991, 9 de junio de 1996, etc.).

⁶⁵De ahí que lo que la jurisprudencia en general llama “perjuicio” o “negación de una ventaja” no sea un simple requisito procesal o una exigencia de simple “seriedad” en el planteamiento del litigio. Al contrario, es la base misma del derecho subjetivo que pretende justamente la eliminación del perjuicio.

⁶⁶Véase Baño León, J. “La igualdad como derecho público subjetivo”, *Revista Administración Pública*, N° 114, 1987, pp. 179-198.

dicho ciudadano una función abstracta de fiscalizador de la observancia objetiva de la legalidad de la Administración, una función de Ministerio Fiscal. Al contrario, le están reconociendo un verdadero derecho subjetivo para defender su libertad cuando ésta se siente injustamente atacada por la Administración.

La estructura del derecho subjetivo reaccional puede esquematizarse de la siguiente manera:

1. El concepto de “*perjuicio*” ha de referirse a cualquier inmisión de la Administración en los “propios asuntos”. La jurisprudencia alemana se refiere también al “círculo vital” (*lebenskreis*)⁶⁷, que en último extremo se expresa en cualquier utilidad de la vida. La jurisprudencia francesa refiere al acto atacado la exigencia que lesione al actor material o moralmente, que le cause consecuencias perturbadoras (*conséquences fâcheuses*) sobre uno u otro de esos dos planos⁶⁸.
2. En la doctrina italiana⁶⁹ se ha observado que en esas situaciones de ventaja o de interés subyace casi siempre un derecho subjetivo de los típicos: así el expropiado que impugna la irregular constitución del Jurado o un defecto de procedimiento en la actuación expropiatoria, está defendiendo en realidad su derecho de propiedad. Sin embargo, donde está el verdadero derecho subjetivo aquí relevante no es en esa titularidad subyacente que sostiene en último extremo la situación afectada por el acto administrativo a impugnar, sino precisamente, en

⁶⁷Véase Bachof, O., “La jurisdicción administrativa alemana en la República Federal Alemana”, *Revista Administración Pública*, Nº 25, 1958, pp. 289-316.

⁶⁸Véase Hauriou, R., *Principios de Derecho público y consitucional* (Hauriou, M, 1856-1929), Comares, Granada, 2003, pp. 355 y ss.

⁶⁹Véase Fernández Salmerón, M., “Nuevas tendencias de la justicia administrativa italiana: hacia algunos quiebres de la distinción entre interés legítimo y derecho subjetivo”, *Revista Administración Pública*, Nº 154, 2001, pp. 501-540.

la reacción misma frente al acto ilegal que perturba el propio ámbito vital. Es esta lesión o perjuicios injustos lo que hace ponerse en pie el derecho subjetivo que aquí se ejercita, que es un derecho distinto del que subyace a la situación atacada.

3. Si antes de que esa lesión o perjuicio se produjesen no existía más que un derecho abstracto de libertad, de libre desenvolvimiento, de integridad del propio círculo vital, el hecho mismo de la producción de aquel, hace surgir un derecho subjetivo estricto, un derecho de defensa o protección llamado *“una situación reaccional”* que obliga a reparar el perjuicio que esa transgresión ha podido causar al dañado.
4. La Administración no tiene hacia el ciudadano la obligación jurídica de observar la legalidad; por eso no puede decirse que los ciudadanos tengan un derecho subjetivo a la observancia de la legalidad por la Administración, fuera de los casos en que sean titulares de verdaderos derechos subjetivos. Entonces, la observancia de la legalidad es para la Administración un deber puramente objetivo, derivado de la vinculación positiva que de dicha legalidad directamente resulta para ella. Pero ese deber está instituido por el ordenamiento jurídico no sólo con fines organizativos abstractos o en función de intereses materiales colectivos, sino también, y preferentemente, como una técnica de libertad de los ciudadanos, los cuales no pueden ser afectados por la Administración en sus propios asuntos, en sus intereses materiales y morales, más que a través de actuaciones legítimas, esto es, amparadas por la ley. Por tanto, cuando un ciudadano se ve perjudicado en su ámbito material o moral de intereses por actuaciones administrativas ilegales adquiere, por la conjunción de los dos elementos de perjuicio y de ilegalidad, un

derecho subjetivo a la eliminación de esa actuación ilegal, de modo que se defienda y restablezca la integridad de sus intereses⁷⁰.

En conclusión, el administrado es titular de *derechos subjetivos* frente a la Administración en dos supuestos típicos:

1. Cuando ostenta pretensiones activas frente a la Administración para la consecución de prestaciones patrimoniales o de respeto de titularidades jurídico-reales o de vinculación a actos procedentes de la propia Administración o de respeto a una esfera de libertad formalmente definida. Son los llamados *derechos subjetivos típicos o activos* por su identidad con los derechos clásicos del Derecho privado.
2. Cuando ha sido perturbado en su *esfera vital* de intereses por una actuación administrativa ilegal, supuesto en el cual el ordenamiento en servicio del más profundo sentido de la legalidad en el Estado de Derecho -como garantía de la libertad-, le apodera con un derecho subjetivo dirigido a la eliminación de esa actuación ilegal y al restablecimiento de la integridad de sus intereses. Son los llamados *derechos subjetivos reaccionales o impugnatorios*.

⁷⁰Véase Parejo Alfonso, L. “El ciudadano y el administrado ante la Administración y su actuación especialmente cumplida a través del procedimiento”, en Álvarez Conde, E. (Coord.), *Administraciones Públicas y Constitución: reflexiones sobre el XX aniversario de la Constitución Española*, INAP, Madrid, 1998, pp. 539-558.

3.3.2. El interés legítimo como posición jurídica subjetiva diversa del derecho subjetivo

Para un sector de la doctrina comparada, los *intereses legítimos* no son derechos subjetivos, pero tampoco son entidades completamente distintas. En este sentido, la relación con el derecho subjetivo es, cuanto menos de subsidiariedad. El interés legítimo vendría a ser una forma menor de derecho subjetivo, caracterizado por su estructura imperfecta y por permitir sólo una tutela indirecta, ya que va referida al ejercicio de una potestad administrativa en la que no resultan afectados derechos sustanciales- frente a la tutela directa otorgada por el derecho subjetivo⁷¹.

El derecho subjetivo sería así una posición jurídica individual protegida íntegramente por el ordenamiento, mientras que el interés legítimo tendría una naturaleza instrumental vinculada al procedimiento administrativo y que sólo se vería expresada a partir de la desviación o ejercicio ilegítimo del poder público administrativo⁷².

Otra posición, en cambio, es aquella que admite la existencia de un interés personal, entendido como una posición individual con relevancia jurídica, que es tutelado por el interés legítimo en la relación del individuo con la Administración Pública. De modo que, los intereses legítimos son el único modo posible a través del que los intereses personales son protegidos frente al poder de la Administración. Son así, una situación jurídica subjetiva que va más allá de la norma y de su ejecución, que permite presuponer un conflicto

⁷¹Se ha caracterizado al derecho subjetivo como el “*gran hermano*” del interés legítimo, caracterizado por su estructura imperfecta y por permitir sólo una tutela indirecta –ya que va referida al ejercicio de una potestad administrativa en la que no resultan afectados derechos esenciales- frente a la tutela otorgada por el derecho subjetivo. Véase Nigro, M., *Giustizia amministrativa*, 5ª Ed., Il Mulino, Bologna, 2000, pp.100 y ss.

⁷²Véase Gallego, E., *Tradición jurídica y derecho subjetivo*, Dykinson, Madrid, 1996, pp. 23 y ss.

de intereses frente a la Administración y pretende incidir en su actuación en el sentido querido por el individuo o grupo de individuos⁷³.

Al respecto, en general, se apuntan al menos tres líneas de crítica relativas a la subordinación del interés al derecho subjetivo o, más en general, a la propuesta que niega o resta relevancia jurídica a los intereses⁷⁴. En primer lugar, y, en un plano procesal, hay que hacer referencia a las dificultades que existen para localizar elementos que permitan diferenciar al derecho subjetivo del interés legítimo sea por la diferente tutela otorgada por el ordenamiento para uno y otro o a partir de su respectiva vinculación a las normas de acción o de relación, según supongan simple acción administrativa de organización o entren en relación con los ciudadanos y afecten sus derechos. Así, por ejemplo, estas diferencias no resultan consistentes ni ofrecen criterios válidos para la distinción: la diferencia entre tutela directa e indirecta, no tiene sentido en un contexto de *tutela judicial efectiva* (artículo 24.1 CE) y la materialización del Derecho administrativo donde se ha disuelto la imagen de las normas reglamentarias como normas de ejecución técnica de las previsiones legales⁷⁵.

En segundo lugar, el crecimiento de la actividad administrativa permite localizar *intereses legítimos* en prácticamente todos los ámbitos materiales de la existencia de los individuos, pues todos ellos pueden verse afectados por una hipotética actuación de la Administración. Paralelamente, al ampliar el horizonte de la acción pública, es posible que la Administración afecte no

⁷³En italiano se hace referencia a “*l’interesse del privato*”, que no va referido, sin embargo, a interés privado en el sentido de patrimonial, sino, en general, al individuo en oposición a los sujetos de derecho público, independientemente, de que el interés de hecho o motivación tenga naturaleza patrimonial, individual, colectiva, difusa, etc. Véase Carnelutti, F., *Teoría general del derecho*, Comares, Granada, 2003, pp. 150 y ss.

⁷⁴Véase Peña Freire, M.A., *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Editorial, Trotta, Madrid, 1997, pp. 167 y ss.

⁷⁵Véase García De Enterria, E., *Democracia, jueces y control de la administración*, Aranzadi, 5ª Edición, Navarra, 2000, pp. 120 y ss.

sólo a intereses legítimos, sino también a derechos subjetivos. Se difumina así la vinculación de los intereses legítimos al ejercicio una potestad administrativa en la creencia de que ésta no alcanzaba a afectar derechos subjetivos⁷⁶.

No obstante, hay que considerar, que en el contexto del Estado social, la Administración puede actuar sin que exista una habilitación legal precisa que determine los derechos o intereses que puedan ser afectados. Se ha flexibilizado y relativizado la distinción entre la posición de los ciudadanos y la de la Administración frente a la ley, ya que en el contexto de un Estado social de Derecho, la acción administrativa no puede verse bloqueada por la necesidad de una habilitación legal puntual, como exigencia de los derechos individuales. La Administración, en la ejecución de las leyes, goza de una cierta autonomía funcional así como de los medios de ejecución necesarios para tornar eficaz su acción⁷⁷.

De este modo, no sólo podrá afectar a derechos subjetivos, sino incluso a derechos fundamentales. Esta posibilidad justifica la pretensión de su control. En este riesgo se encuentra todo el sentido del interés legítimo, independientemente, de que tras de él puedan localizarse derechos subjetivos reconocidos normativamente o meros intereses de hecho, si bien jurídicamente significativos⁷⁸.

⁷⁶Explicar esta creencia sólo es posible a partir del modelo de habilitación legal de los poderes públicos característico del Estado liberal. Según éste, la Administración sólo podía actuar cuando una ley determinaba expresamente cómo se desenvolvería esta actuación y, al hacerlo, la ley excluye ese ámbito del campo de libertad originaria de los individuos. Si siempre era precisa esta habilitación y no se valoraba la posibilidad de desviación en la actuación de la Administración, era impensable que ésta pudiera afectar a algún derecho, pues donde hay potestad administrativa no hay ni libertad ni derechos y donde no hay potestad no hay posibilidad de injerencia. Véase García Pelayo, M. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1982, pp. 13 y ss.

⁷⁷Véase Fernández, T.R., *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, 4ª Edición, Madrid, 2002, pp. 113 y ss.

⁷⁸Véase Jiménez Meza, Manrique, *La legitimación administrativa para la defensa de los intereses legítimos y los derechos subjetivos*, Mundo Mágico, 1998, Costa Rica, pp. 250 y ss.

Frente a la consideración de que sólo la ley formal puede afectar a los derechos subjetivos y frente a la imagen de un poder administrativo absolutamente determinado por la ley y limitado por las posiciones jurídicas subjetivas declaradas como tales, es preciso admitir, en el contexto del Estado social intervencionista, que la actividad administrativa es multiforme y que se expresa de un modo tan intenso y constante que puede afectar a todas las situaciones subjetivas imaginables.

Por último, hay que tener en cuenta que, recientemente, se vienen destacando las mayores posibilidades de activación jurídica del interés frente a las de los derechos subjetivos de naturaleza reaccional. Se apunta, a que los intereses legítimos, como expedientes legitimatorios para la acción jurisdiccional, ofrecen una mayor gama de posibilidades de tutela al permitir un acceso a la fase de formación de la voluntad administrativa, lo que no se logra en el caso de los derechos subjetivos. La causa de ello, es el carácter eminentemente reaccional de aquéllos, mientras que los intereses legítimos permiten fundar demandas de carácter participativo y pretensivo frente a la Administración, que luego, en caso de no ser atendidas, darán lugar a acciones ante la jurisdicción correspondiente.

De esta manera, se subraya la faceta de los *intereses legítimos considerados como medios de participación* en la gestión del poder administrativo. En un contexto caracterizado por la necesidad de conciliar dos situaciones opuestas como son, de un lado, la defensa de la libertad personal de los individuos y, de otro, la expansión de la esfera de lo público en las sociedades actuales, el interés legítimo funcionaría como un cauce de participación en el poder administrativo, como un mecanismo de cogestión

capilar y difundido por el entorno, como los propios efectos de la actividad administrativa⁷⁹.

El interés como habilitador jurídico de situaciones de hecho relativamente indefinidas se proyectaría así en el contexto de la actuación de los poderes públicos administrativos. La propia indefinición de la pretensión provoca que las posibilidades de garantía de los *intereses legítimos* no sean sólo las defensivas, es decir, que *no se tratará sólo de enderezar un procedimiento ilegítimo o desviado, sino también de influir o participar en el ejercicio del poder para determinar a priori su sentido*⁸⁰.

3.4. Intelección constitucional del interés legítimo

La diversidad de contenidos, bienes y valores que inspiran o justifican a las diversas formas de interés o la profusión de las formas de expresión de los intereses sociales permiten hablar de un cierto acceso social del Derecho, tras el que cualquier expediente o marco formalizado queda desbordado por la pluralidad de formas y pretensiones que son expresados hacia el Estado y que pretenden su incidencia y acceso al sistema jurídico.

Desde el otro flanco de la relación, la imagen resultante es la de un sistema jurídico continuamente relacionado con los intereses y pretensiones presentes en su entorno problemático. Éstos se reflejan en el interior del sistema, pues está cognitivamente abierto al entorno y, consiguen, finalmente, reproducirse como elementos jurídicos en el propio sistema. El propio poder público no escapa a esta secuencia de imágenes al ser

⁷⁹Véase Pulido Quecedo, M., “Interés legítimo y acción pública: a propósito del control de los actos políticos del gobierno”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Nº 611, 2004, pp. 6-16.

⁸⁰Véase Cierco Seira, C., *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2002, pp. 78 y ss.

percibido como una instancia vinculada u ordenada a la satisfacción de *intereses sociales*⁸¹.

El hecho de que este fenómeno alcance al propio sentido de lo jurídico o de lo político lleva a superar el análisis formal o normativo del problema, esto es, la pregunta por la estructura, objeto, sujeto, etc., de los intereses, para centrarse en el plano constitucional del asunto. Se trata de analizar desde el interior del sistema jurídico, las causas que motivan el proceso, es decir, los motivos que llevan a querer conectar el sistema jurídico con todas estas demandas externas y a pretender que la conexión sea eficaz⁸².

Un dato particularmente relevante de esta apertura es la *pluralidad de valores constitucionales* que posibilita, e, incluso, promueve, el acceso del Derecho a espacios sociales antes vedados a la acción política o jurídica, pues, respecto de ese campo, poderes públicos y materialización jurídica inducida por el constitucionalismo social, son factores de este proceso al intentar regular y manifestarse en toda la realidad social y política sobre la que se asienta la Constitución. La relación entre los *derechos fundamentales* y la *ampliación de las formas de expresión de los intereses legítimos* se explica porque el texto constitucional con sus principios y valores, es el marco de referencia de aquellos que intentan hacer valer alguna manifestación- personal o social-, de un interés frente al Estado⁸³.

⁸¹Véase González Ibarra, J., “Consideraciones en torno al Estado constitucional contemporáneo”, *Revista Ciencias Sociales*, N° 221, 2011, pp. 87-98.

⁸²Véase Pérez Luño, A., *Nuevos retos del Estado Constitucional: valores, derechos, garantías*, Universidad de Alcalá de Henares, 2010, pp. 30 y ss.

⁸³En el caso del Estado social y democrático de Derecho, al reconocerse en los textos constitucionales la pluralidad y el dinamismo social, la existencia de fines generales o principios de justicia plasmados en un programa constitucional que convierte al Estado en sujeto de deberes y no sólo en titular de soberanía, se generan las condiciones necesarias para el surgimiento de una dinámica social intensa y compleja que permite la consideración de un amplio espectro de intereses sociales que son genéricamente legitimados por la Constitución incluso frente a los precisos desarrollos normativos del interés público. Véase Asís Roig, F., “Democracia, Constitución y Derecho”, en Mijangos González, J y Ugalde Ramírez, R. (Coords.), *Estado Constitucional y derechos fundamentales*, Porrúa, México, 2010, pp. 23-33.

Por tanto, es relevante la existencia de una pluralidad de valores expresados a través de las normas constitucionales que actúan como legitimadores de numerosas formas de interés. Éstos a partir de su simple conexión con normas constitucionales obtienen una cierta relevancia jurídica, es decir, obtienen legitimidad desde el punto de vista constitucional, lo que a la vista de la orientación del derecho a lo externo significará que, en ningún caso, podrán ser ignorados por el sistema jurídico. Tras la apertura constitucional y la incorporación limitativa de determinados derechos a las constituciones como mecanismo para garantizar la pluralidad y la diversidad social, la determinación de lo legítimo en el ordenamiento no puede ser ajena al dato constitucional⁸⁴.

Ahora bien, el modo concreto en que la determinación de la legitimidad se realiza no es mecánico ni tiene nada que ver con las tradicionales descripciones del funcionamiento de los fenómenos jurídicos, sino que será una apertura compleja desde el sistema al entorno. La complejidad, primera característica de la apertura de la Constitución y de los criterios de legitimación de lo legítimo, se verifica en el momento de comprobar la pluralidad de órganos que participan en los procesos de determinación de los intereses jurídicamente relevantes⁸⁵.

El denominado “*ciclo vital*” del interés es un ejemplo de ello. Según este modelo, los intereses, hasta su ejecución concreta pasan por distintas fases:

⁸⁴La Constitución no es sino la expresión condensada de toda una serie de valores respecto de los que es presumible un elevado consenso, y que habrán de afectar las dinámicas y relaciones públicas y privadas en un doble sentido: en primer lugar, habrán de inspirar los distintos procesos políticos y sociales y, en segundo lugar, habrán de ser preservados de cualquier vulneración que pudiera tener su origen en alguna de las dinámicas referidas. Es la constitucionalización la que garantiza esa preservación respecto de las dinámicas políticas al tiempo que permite la proyección de los valores y opciones del pacto al conjunto de la producción normativa, asegurando que ésta se lleve a cabo dentro de la unidad u homogeneidad necesarias para preservar el núcleo del pacto de las tensiones que pudieran afectar su solidez. Véase Peces-Barba Martínez, G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 12 y ss.

⁸⁵Véase Prieto Sanchís, L., *Sobre principios y normas: problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 155 y ss.

una primera fase es de *individualización*, caracterizada por la atribución de relevancia jurídica; a continuación, se pasa a una fase de *configuración* o conformación del interés a través de la cual el interés adquiere su contenido, si bien sólo en abstracto y, finalmente, la precisión del *contenido* del interés que acontece en la fase de gestión concreta, que no es sino la colocación efectiva de cada interés individualizado y configurado en el ámbito de las relaciones sociales de modo particularizado⁸⁶.

En cuanto al carácter negativo, segunda característica del proceso de apertura constitucional en la legitimación de los intereses, de acuerdo a los parámetros y valores constitucionales, parece posible determinar qué pretensiones, valores o intereses pueden ser ilegítimos en la medida que se opongan a los valores y principios que dan sentido al modelo constitucional del Estado. Sin embargo, el resto de pretensiones e intereses no sólo serán legítimos por exclusión sino que su relevancia jurídica viene exigida a partir de la opción constitucional por la pluralidad social y política⁸⁷.

Así, dado que la Constitución no reconoce ni recoge un catálogo de intereses que puedan considerarse legítimos y, dada la naturaleza abierta y plural de los procesos e intereses presentes socialmente, serán *legítimos* todos aquellos de los que no pueda predicarse la característica opuesta a la luz de las normas y valores constitucionales y del resto del ordenamiento. Lo

⁸⁶Al *poder legislativo* correspondería la configuración de los intereses individualizados por el poder constituyente; al *poder ejecutivo* correspondería la gestión precisa de los intereses en la configuración que les fue dada por el legislativo; y al *poder judicial* correspondería el control de corrección de la configuración y la gestión de acuerdo a los criterios de individualización constitucionales. Sin embargo, en el modelo de Estado constitucional dada la complejización e interpenetración de las funciones jurídicas, esta rígida asignación de las funciones del ciclo vital a los distintos poderes no parece completamente satisfactoria. En especial, la función jurisdiccional en un Estado constitucional donde ella cumple una función de *garantía de los derechos e intereses* de los ciudadanos y no simplemente de aplicación de la ley por parte del juez característico del modelo de Estado liberal. Véase García De Enterría, E., *El derecho, la ley y el juez: dos estudios*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 15 y ss.

⁸⁷Véase Pérez Luño, A.E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 132 y ss.

legítimo, entonces, se define por oposición a lo ilegítimo, que no sería sino lo incompatible con el ordenamiento jurídico en su versión constitucional.

Un *interés legítimo* es un interés *posible y relevante* en derecho de acuerdo a los valores de la Constitución. La legitimación y necesidad de garantía del interés se realiza a partir de la constatación de que la situación personal o social que está tras la demanda y que la motiva no entra en contradicción con los valores y principios constitucionales. La constatación puntual de esta no contradicción con los valores básicos del sistema jurídico, es lo que permite clasificar al *interés* según el código binario *legítimo/ilegítimo*⁸⁸.

De este modo, el *interés legítimo se convierte en una posición jurídica subjetiva flexible de hecho y acorde a los valores y principios constitucionales*. En este contexto, el interés legítimo es algo más que el simple interés genérico a la corrección de la actividad administrativa. La superación de la vinculación entre el interés legítimo y la acción administrativa es inmediata si relaciona la legitimidad del interés no ya con las fórmulas y declaraciones legales sino a las constitucionales. Y ello, porque a partir de ese momento sería posible referir intereses legítimos frente al bloque de legalidad y pretender su tutela judicial en situaciones mucho más diversas que las que se derivan de la iniciación de un procedimiento. El *interés legítimo* se convierte, de esta forma, en *expresión personal o colectiva compatible con los valores constitucionales* y que reclama *garantía*, sea ésta del tipo que sea⁸⁹.

⁸⁸Véase García De Enterría, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, 4ª Edición, Madrid, 2006, pp. 95 y ss.

⁸⁹Véase Parejo Alfonso, L., *Constitución y valores del ordenamiento*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 12 y ss.

Si el centro de atención se desplaza hacia la relevancia jurídico-constitucional del bien o valor expresado por el interés, cabe admitir, en el marco del *interés legítimo* tanto a los *individuales* como a los *colectivos* y *difusos*. La toma en consideración de los intereses colectivos o difusos y su expresión hacia los sistemas político y jurídico encuentra su origen en la configuración específica del sentido de la acción pública de los Estados operada por el constitucionalismo social⁹⁰.

Por su parte, las distintas exigencias y expectativas que se le plantean al Estado a consecuencia de la profusión o apertura social terminan por hacer estallar la tutela estática e individualista ofrecida por el derecho subjetivo al multiplicarla en infinidad de potencialidades y exigencias que se proyectan sobre el universo jurídico. El molde del derecho subjetivo se hace estrecho al no poder acoger las nuevas demandas, actores, funciones, bienes, etc., que se incorporan al universo jurídico. En tal contexto, puede concluirse, que el *modelo de los intereses* parece más *idóneo* a los efectos de acoger esta complejidad y movilidad de situaciones que la categoría del derecho subjetivo –considerado el mecanismo más perfecto para lograr tutela jurídica-.

La indefinición normativa del interés o bien su imposibilidad de definir normativamente el objeto del interés –ya que éste es expresado a partir de elementos y relaciones sociales y personales- y su vinculación con el orden jurídico a partir de los valores y principios constitucionales, ofrecen ventajas respecto del modelo de los derechos subjetivos. Considerando el hecho de que no se puede construir normativa ni dogmáticamente ningún concepto

⁹⁰Con el definitivo y expreso reconocimiento de la accionabilidad de los intereses supraindividuales relativos a bienes fundamentales protegidos por el ordenamiento, el procedimiento administrativo está preparado para convertirse en instrumento de la solución de conflictos entre sociedad civil y Administración relativo a los grandes temas de interés y relevancia general. Véase González Pérez, J. y González Navarro, F., *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Vol. I, 3ª Edición, Civitas, Madrid, 2003, pp. 898 y ss.

formal de interés legítimo porque el interés no es en sí un elemento jurídico, sino un *input*, un dato externo que incide en el sistema jurídico. De este modo, la cantidad de bienes que son susceptibles de ser expresados por los intereses legítimos es mucho mayor que el ofrecido por el derecho subjetivo⁹¹.

El interés legítimo encuentra su razón de ser jurídico en normas plurales, abiertas al entorno e indisponibles al propio poder legislativo, como son las constitucionales, que admiten por su propia generalidad diversas interpretaciones y desarrollos políticos que darán como resultado diversas formas de expresión del interés general. La conexión con lo externo, con los valores constitucionales y los derechos fundamentales, dado el carácter informal de los intereses legítimos, son ventajas del modelo de los intereses frente a la dificultad para conciliar axiológicamente igualdad y derechos subjetivos⁹².

La conexión entre intereses y ordenamiento jurídico no es, sin embargo, una manera de formalización del interés porque no se realiza a partir de normas particulares y concretas, sino a partir de principios constitucionales de carácter dinámico o expansivo y con un alto grado de abstracción y generalidad. Así, la calificación jurídico-constitucional no puede ser rígida, ya que en ese caso se estaría ante el mismo supuesto que el de los derechos subjetivos.

⁹¹Los *derechos subjetivos*, por lo general, aparecen vinculados a la individualización y configuración expresa que de ellos haga la norma. Véase Fernández Rodríguez, T.R., “Los derechos fundamentales y la acción de los poderes públicos”, *Revista Derecho Político*, N° 15, 1982, pp. 24-30.

⁹²La incompatibilidad entre los valores externos expresivos de la centralidad de la persona y aquellas otras situaciones jurídicas garantizadas preferentemente por los derechos subjetivos, se advierte, por ejemplo, cuando se analiza la igualdad como principio jurídico –reflejo directo de la centralidad de la persona en el Derecho– que da origen a los derechos fundamentales y los derechos subjetivos, particularmente, los patrimoniales que se fundamentan en el valor opuesto: la desigualdad como consecuencia de las distintas posiciones jurídicas entre los individuos. Véase Ferrajoli, L.: *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 905 y ss.

Frente a esta rigidez, hay que aceptar la mayor flexibilidad en la legitimación jurídica de los intereses, debiendo considerarse la carencia de un vínculo jurídico normativo de importancia relativa porque la ausencia va referida a la conexión formal con una de las posibles visiones o desarrollos políticamente mediatizados de la constitución. No obstante, ello no implica contradicción del interés con los principios y valores constitucionales que van más allá de la configuración legislativa concreta y que son los que hacen al *interés* merecedor de *garantía*⁹³.

II. Los intereses supraindividuales: colectivos y difusos

1. Consideraciones previas

La protección jurídica de los *intereses supraindividuales, colectivos y difusos* nace como consecuencia de la transformación que la sociedad ha venido experimentando a partir de la Segunda Guerra Mundial y que se ha reflejado en el surgimiento de nuevas formas de conflicto y de mecanismos que se precisan para su solución. La sociedad contemporánea ha sido calificada como una *sociedad de masas*, en la que las relaciones son cada vez más complejas: hay agrupaciones de diverso tipo (partidos políticos, sindicatos, asociaciones, etc.) o simplemente individuos afectados por infracciones del ordenamiento jurídico que tiene relevancia colectiva.

Se podría afirmar hoy, sin lugar a dudas, que los procesos que más van a requerir la atención de los juristas, en adelante, serán no ya los conflictos de intereses individuales, sino aquellos denominados conflictos de masas en

⁹³Véase Ovalle Favela, J., “Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos”, *Boletín Mexicano Derecho Comparado*, N° 107, 2003, pp. 587-615.

que estarán en juego intereses colectivos y difusos que afectan a un grupo numeroso y en muchos casos indeterminado o indeterminable de personas⁹⁴.

Nuestra evolución jurídica y, en especial, el Derecho comparado, refleja que cada vez se reclama con mayor insistencia que determinados valores como lo son los vinculados a la salud, los relativos a la defensa y conservación de un medio ambiente saludable y no polucionado, los referidos a la protección de los consumidores, usuarios de servicios ya sean públicos o privados, los derechos a la información, al mantenimiento de la paz, al respeto de las diversas etnias, culturas y minorías, la preservación de los bienes que integran el patrimonio histórico, artístico y cultural de una nación, deben ser contemplados y tutelados por los ordenamientos jurídicos por ser componentes importantes de la *calidad de vida* de nuestra sociedad⁹⁵.

En esta nueva sociedad informatizada y globalizada, cuya transformación se produce a pasos agigantados, se puede apreciar que junto a la noción tradicional del derecho subjetivo cuya violación daba lugar al proceso individual, han aparecido una serie de figuras como el *interés colectivo*, el *interés difuso*, el interés o *derecho individual homogéneo*, que hoy atraen no sólo nuestra atención sino que, además, ellas responden a las nuevas realidades que es necesario atender⁹⁶.

⁹⁴Véase Landoni Sosa, A. y González Miragaya, “Medidas cautelares en los procesos colectivos. Con particular análisis de la tutela de los derechos del consumidor, medio ambiente y otros derechos difusos”, *Revista Derecho Procesal*, 2009, pp. 625-660.

⁹⁵El Estado ya no podrá seguir tan sólo en sus roles de legislador, juez y gendarme, dejando en libertad de acción a las diversas fuerzas que actúan en una sociedad, sino que deberá transformarse en parte activa en la armonización de los procesos económicos y sociales como forma de lograr una sociedad más justa y organizada al servicio de la persona humana. Véase Silguero Estagnan, J., *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*, Dykinson, Madrid, 1995, pp. 360 y ss.

⁹⁶Estamos en presencia de unos intereses que pertenecen a todos y cada uno de los miembros integrantes de la sociedad y, por tanto, el reconocimiento de una realidad social: *la existencia de unos intereses que precisan protección jurídica y tutela procesal*. Véase Acosta Estévez, J., *Tutela procesal de los consumidores*, Bosch, Barcelona, 1995, pp. 40 y ss.

El reconocimiento y la necesidad de tutela de esos intereses pusieron de manifiesto su configuración política. En esta etapa caracterizada por la politización de los derechos sociales, económicos y culturales se desarrollan dos fenómenos que son indisolubles: la emergencia de nuevos grupos sociales de particulares condiciones y la identificación y categorización de intereses que, si bien se pueden determinar de pertenencia individual, en razón de su importancia colectiva, se establecen como propios de esos grupos o categorías sociales y que han sido denominados por la doctrina como intereses *supraindividuales o transindividuales*⁹⁷.

Ellos se enmarcan dentro de lo que se ha conocido como derechos de *tercera generación o derechos humanos de la solidaridad*⁹⁸. En consecuencia, a los derechos clásicos de la primera generación, representados por las tradicionales libertades negativas propias del Estado liberal, con el correspondiente deber de abstención por parte del poder público, sucedieron los derechos de la segunda generación, de carácter económico social, compuesto por libertades positivas, con el correlativo deber del Estado a una obligación de dar, hacer o prestar, para luego dar paso al reconocimiento de los derechos de la *tercera generación*, representados por los derechos de solidaridad, derivados de los intereses sociales⁹⁹.

⁹⁷Véase Pérez Luño, A.E., *La tercera generación de derechos humanos*, Aranzadi, Madrid, 2006, pp. 110 y ss.

⁹⁸Estos nuevos derechos proceden de una cierta concepción de la vida en comunidad y sólo se pueden realizar por la conjunción de los esfuerzos de todos los que participan en la vida social. Véase Ordoñez Solís, D., *La protección judicial de los derechos fundamentales de solidaridad. Derechos sociales, medio ambiente y consumidores*, Comares, Granada, 2006, pp. 11 y ss.

⁹⁹Su fundamento radica en el concepto de “*solidaridad*”, entendida como un factor social, un principio jurídico-político y un principio jurídico-constitucional. Así, se puede definir como “*la conciencia conjunta de derechos y obligaciones que surgiría de la existencia de necesidades comunes, de similitudes que preceden a las diferencias sin pretender su allanamiento*”. Véase De Lucas, J., *El concepto de solidaridad*, Fontamara, México, 1993, pp. 29 y ss.

Estos intereses poseen una *dimensión social*, puesto que pertenecen a una colectividad de personas y solamente a éstas. Intereses de masas, que comportan ofensas de masas y que ponen en contraste grupos, categorías, clases de personas -aquí se insertan los intereses de los consumidores, los intereses medioambientales y de todos aquellos que integran una comunidad compartiendo sus necesidades-¹⁰⁰.

Pioneros en la defensa de estos *intereses supraindividuales* son los sistemas de *Common Law*, en especial, el de las *class actions* –*acciones de clase*– del sistema norteamericano, que se funda en la *equity* y con antecedentes en el *Bill of Peace* del siglo XVII¹⁰¹. El sistema de las *class actions* de los Estados Unidos de América se presenta como una primera referencia para determinar las pautas sobre las que debe construirse el régimen de la tutela jurisdiccional colectiva¹⁰².

En los sistemas de *Civil Law*, fue la legislación brasileña la primera en introducir este tipo de tutela mediante la Ley de 1985 sobre “*acción civil pública*”, y en 1990 dictó el Código de Defensa del Consumidor (Ley Federal Nº 8078, de 11 de septiembre de 1990), cuyas disposiciones procesales son aplicables a la tutela de cualquier interés supraindividual. En ese mismo texto legal, se creó la categoría de los intereses individuales homogéneos –

¹⁰⁰Véase Jiménez Eduardo, P. *Derechos humanos de tercera generación: medio ambiente, derechos del usuario y del consumidor: acción de amparo-jurisprudencia*, Ediar, Buenos Aires, 1997, pp. 50 y ss.

¹⁰¹Las *class actions* constituyen un medio de obtención de tutela jurisdiccional basado en el poder procesal reconocido a un individuo para actuar en nombre propio y de otras personas similarmente situadas que constituyen una clase. Esta institución pretende servir de solución a litigios complejos y con pluralidad de partes, superando una visión individualista de los perjuicios. Véase Bujosa Vadell, L., “El procedimiento de las acciones de grupo (*class actions*) en los Estados Unidos de América”, *Justicia*, 1994, pp.67-124.

¹⁰²Esto no significa que deban ser entendidas como el norte hacia el que deba encaminarse toda reforma, pero sí que son un paso obligado para el estudio de las formas colectivas de tutela, y, en su caso, para formular nuevas propuestas de construcción de su régimen jurídico. Véase López Sánchez, J., *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*, Comares, Granada, 2011, pp. 1 y ss.

“interesses ou direitos individuais homogêneos” -cuya protección posibilita la reparación de los daños individualmente sufridos¹⁰³ —.

Sin embargo, la protección de esos intereses pone de manifiesto la insuficiencia de los mecanismos tradicionales del proceso y de la tutela jurisdiccional y plantea el desafío de buscar nuevas formas y tipos procesales que permitan reformular y adaptar los conceptos y principios básicos¹⁰⁴. Una tutela efectiva y no sólo nominal de tales intereses de incidencia colectiva, requiere permitir y hasta estimular el acceso de los representantes (públicos y privados) de aquellos grupos organizados e incluso aquellos de contornos imprecisos y a menudo difíciles de precisar, admitiendo una suerte de legitimación especial y ampliada para estar en juicio por la totalidad de la clase o categoría del interés que defienden. En paralelo, se precisa articular vías y procedimientos no menos singulares, apropiados para la tutela diferenciada de los intereses en juego, en los que se involucran las responsabilidades de las partes, los poderes y deberes de iniciativa y de control del juez¹⁰⁵.

¹⁰³Véase Gidi, A. *Las acciones colectivas y la tutela difusos, colectivos e individuales en Brasil*, (Cabrera Acevedo, L, Trad.), Porrúa, México, 2004, pp. 100 y ss.

¹⁰⁴El Derecho, y en particular, el proceso deben cumplir tareas hasta hace poco desconocidas que exigen nuevos tipos de tutela. Lo anterior, se deja sentir con especial fuerza en la protección del consumidor. Es un principio generalmente aceptado que los consumidores tienen necesidad de protección. Sin embargo, las reglas tradicionales del Derecho no cumplen satisfactoriamente esta necesidad más que de una forma parcial. La mayoría de las soluciones que el Derecho clásico prevé (el consentimiento, las garantías por los vicios ocultos, etc.) son de escasa utilidad para los consumidores, especialmente, debido a la dificultad de la prueba, los elevados costes de las acciones judiciales, etc. Véase Grande Seara, P., “Capacidad y legitimación en los procesos para la tutela de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios”, en González Pillado, E. (Coord.), *Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje*, Tecnos, Madrid, 2010, pp. 46-86.

¹⁰⁵Si bien los ordenamientos jurídicos continentales se siguen asentando en la tutela de manera preferentemente individual, ya se empieza a disponer de los mecanismos adecuados para la contemplación y tutela de intereses de naturaleza colectiva. El sector en que se desarrollan principalmente los cambios sobre la temática colectiva tiene su sede en el Derecho Procesal, ya que uno de los aspectos fundamentales es la posibilidad de su ejercicio práctico en el proceso, ámbito al que se añaden las aportaciones desde las demás ramas del Derecho. Véase Bujosa Vadell, L.M., “La posición del juez en los procesos colectivos”, *La Ley*, N° 5, 2005, pp. 1341-1362.

La protección de estos intereses corresponde conjuntamente a varias ramas del derecho. Al Derecho Constitucional en cuanto que difícilmente su satisfacción no implica la satisfacción correlativa de alguno de los derechos fundamentales reconocidos en las cartas magnas. También al Derecho Penal,

2. Problemas terminológicos

Como ya se ha señalado, el estado de la civilización actual, la complejidad y la masificación de las relaciones humanas, sociales y económicas que tienen lugar en la sociedad de nuestros días, hacen que una cantidad creciente de actividades afecten no al individuo aisladamente considerado, sino a colectividades, grupos o categorías enteras de personas simultáneamente, por lo que tales relaciones presentan unas características peculiares y adquieren una importancia hasta ahora desconocida en la historia de la civilización y del Derecho.

Dichas actividades contienen una importante potencialidad de producción de efectos (eventualmente dañosos) de carácter supraindividual, ya que conciernen –y pueden acarrear perjuicios- a intereses de un gran número de personas, haciendo surgir problemas ignorados por los litigios meramente individuales. Y, como consecuencia de esta última circunstancia, se ha hablado también, de la insuficiencia o inadecuación de las estructuras procesales tradicionales, que, concebidas sobre la base de esquemas individualistas, no están preparadas para procurar la tutela de estos intereses¹⁰⁶.

Pero es a partir de ese punto, cuando se presentan las dificultades intrínsecas del tema, la singular falta de claridad existente en torno a la caracterización de los que se denominan *intereses colectivos y/o difusos*. La

por cuanto a él corresponde la tipificación de conductas como aquellas que afectan a la salud pública o que producen daños o perjudican el medio ambiente. El Derecho Administrativo debe establecer de acuerdo con las leyes, las condiciones y el ámbito de ejercicio de las actividades que conciernen al interés general.

¹⁰⁶Es cada vez más evidente la necesidad de que el Derecho Procesal ofrezca soluciones más adecuadas a los conflictos sociales. Las acciones para la protección de los derechos subjetivos individuales han cumplido, antes y ahora, una función esencial para la solución de conflictos privados, pero no pueden dar respuesta apropiada a los conflictos en los que se manifiestan los intereses colectivos. Véase Gidi, A., “Código de Proceso Civil”, *Revista Vasca Derecho Procesal y Arbitraje*, Vol. 16, N° 3, 2004, pp. 753-778.

“oscuridad” se manifiesta, primeramente, en el ámbito terminológico y, por ende, en el conceptual. Algunos autores, hacen mención tan sólo a uno de aquéllos términos, hablando únicamente de los intereses “colectivos”; o de los intereses “difusos”, aunque habitualmente pretendiendo referirse al fenómeno global de los intereses “supraindividuales”. En cambio, otros, emplean ambos calificativos, pero de forma cumulativa en unos casos y alternativa en otros y, de modo indistinto –como sinónimos- o estableciendo una diferenciación entre ellos y, en este último caso, con base, a su vez, en criterios heterogéneos. Tal equivocidad tiene su continuidad en la caracterización jurídica de estas situaciones. Y es que al “baile” de catalogaciones conceptuales al que acaba de hacerse referencia se une el déficit o la ambigüedad de análisis existente en cuanto a su naturaleza jurídica¹⁰⁷.

3. Antecedentes históricos

Los *intereses supraindividuales* surgen históricamente en la civilización industrial al concurrir determinados factores sociológicos, económicos y culturales, al modo de la orteguiana rebelión de la sociedad de masas, que supone que una creciente cantidad de actividades afecten, no sólo al individuo aislado, sino a categorías completas de personas o grupos, de tal forma y manera que tales actuaciones pueden repercutir sobre los intereses de un número más o menos amplio de sujetos ya que poseen naturaleza colectiva, todo lo cual implica que ante esas novedosas relaciones sociales aparezcan nuevas situaciones jurídicas conformadoras de intereses *multipersonales*.

¹⁰⁷Todo ello ha llevado a que con cierto sarcasmo se haya hecho mención a estas situaciones jurídicas calificándolas de *intereses difusos, profusos y confusos*. Véase Gutiérrez De Cabiedes, P. *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Aranzadi, Navarra, 1999, pp. 30 y ss.

Ahora bien, los términos referidos a estos intereses no son totalmente nuevos, ya que se pueden encontrar antecedentes de ellos a fines del siglo XIX y, sobre todo, en el transcurso del siglo XX. En 1911 aparece una monografía titulada *“La tutela degli interessi collettivi”*, en la cual se anticipaba ya entonces con claridad el problema de la exigencia de que algunos intereses propios de una pluralidad de personas fueran defendidos por sujetos privados cuando la tutela a través de los poderes públicos fuera insuficiente¹⁰⁸.

Por otro lado, en 1912, se publicaba *“Il processo civile moderno. Fondamento progresso e avvenire”*, dedicando parte de un capítulo a *“Le azioni d’interesse generale e la tutela degli’interessi collettivi”*, explicando que *“la tutela de los intereses colectivos, además de ser asumida directa o indirectamente por el individuo puede ser ejercida por los entes constituidos”*, haciendo referencia a los procesos penal y administrativo donde se planteaba el problema de las acciones de entes –reconocidos o no- que pretendían actuar en defensa de sus propios fines asociativos¹⁰⁹. En 1918, con la publicación de *“l’ordinamento giuridico”*, queda fijado el significado de *“intereses colectivos”, como referido a todas las situaciones de ventaja no referibles ni al Estado-persona jurídica ni a los individuos”*¹¹⁰.

El Estado liberal –donde la relación autoridad-liberal se resolvía como contraposición, sin términos medios, entre los intereses individuales y el

¹⁰⁸Se ilustra cómo esta tutela podía desarrollarse mediante la *“acción individual”* o la *“acción de los entes”*, comprendiendo en éstos las asociaciones patronales y de trabajadores, los sindicatos y las uniones profesionales, y concluía que *“è ognor crescente la tendenza a sostituire l’azione della collettività a quella dei singoli, ogni qual volta quest’ultima si ravvisi insufficiente...il movimento in tale senso non potrà arrestarsi”*. Véase Tarzi, G., *“Le associazioni di categoria nei processi civil con rilevanza collettiva”*, *Rivista di Diritto Processuale*, 1987, pp. 775-776.

¹⁰⁹Véase Ferrone, U., *Il processo civile moderno. Fondamento progresso e avvenire*, Editorial Francesco Cavotta. S. María C. V., 1912, pp. 97-109.

¹¹⁰Véase Costantino, G., *“Brevi note sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi davanti al giudice civile”*, *Le azioni a tutela de interessi collettivi*, *Atti del Convegno di Studio* (Pavía 11-12 giugno 1974), CEDAM, Padova, 1976, pp. 224 y ss.

interés público- evolucionó históricamente y de esa transformación política y social surgen estos nuevos intereses. Es en esa época cuando se desarrolla el movimiento obrero y se articulan formas de *solidaridad colectiva*¹¹¹. En ese contexto, surgen con fuerza los problemas de tutela de los intereses supraindividuales, obligando al sistema político a realizar ajustes y modificaciones para canalizar dentro del esquema institucional vigente las nuevas fuerzas sociales. Este es, ciertamente, el origen de lo que la mayoría de la doctrina italiana denominó intereses colectivos oponiéndolos a los intereses difusos¹¹².

Históricamente, los intereses colectivos surgen en el ámbito de las relaciones económicas, más concretamente en las relaciones sindicales de los trabajadores. Serían intereses de una categoría particular, un interés verdaderamente particular, que no tiene que ver con el interés público. En cambio, los intereses difusos surgen en grupos más vastos, vienen sentidos por el ciudadano mismo y son próximos al interés público. Se dice que son un nuevo modo de entender el interés público. Antes se entendía el interés

¹¹¹El estudio de los *intereses supraindividuales* aparece en los primeros años conectado a una perspectiva ideológica. Aparecen intereses de gran relieve social correspondientes a las necesidades reales de grandes capas de población, pero generalmente privadas de protección a consecuencia de su naturaleza antagonista con el poder económico dominante, es decir, por ser antagónicos respecto a determinados mecanismos de formación y de estabilización del poder económico-político. Este hecho tiene su explicación por la coincidencia en el tiempo –década de los setenta- de la eclosión doctrinal de los intereses difusos y la intensidad del antagonismo ideológico en el seno de la denominada “*lucha de clases*”. Sin embargo, la clave de la temática de estos intereses no se encuentra en la lucha de clases, sino que el tema se enfoca hacia la defensa de unos intereses comunes a amplios grupos de personas y su efectiva tutela. Véase Sgubbi, F., “Tutela penale di interessi diffusi”, *La Questione Criminale*, 1975, pp. 439-481.

¹¹²La necesidad de proteger o mediar a favor de una serie de *intereses supraindividuales* que no encuentran expresión a través de los instrumentos técnicos elaborados por la teoría iuspublicista clásica dio lugar a la aparición de la figura del “*interés difuso*”. Es ésta la denominación que comienza a utilizar la doctrina para referirse a esos nuevos intereses, unos, ciertamente, de reciente creación, otros, simplemente, contemplados desde una perspectiva distinta a la tradicional (tomando conciencia de la dimensión supraindividual de tales intereses). Durante los años setenta y, principalmente, en Italia, comienza a desarrollarse una creciente e inusitada atención hacia ellos y una abundante y heterogénea literatura al respecto. En España, el tema comienza a tratarse a finales de los años setenta y durante los ochenta tanto por la doctrina de los autores como por la terminología de los tribunales de justicia. Véase Denti, V., “Le azioni a tutela di interessi collettivi”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1974, pp. 533-550.

público como interés del Estado, entendido, a su vez, como entidad completamente distanciada de los ciudadanos. Pero hoy, en el contexto jurídico de un ordenamiento democrático: *el interés público debe ser el resultado de una comparación, una confrontación de los intereses presentes en la sociedad: así el interés público es fruto de la mediación de los intereses sociales*¹¹³.

4. Naturaleza jurídica de los intereses supraindividuales

Lo fundamental en la problemática de los intereses supraindividuales es desentrañar su auténtica naturaleza jurídica, trascendiendo tanto la mera constatación del surgimiento de estos “*nuevos intereses*”, como los confusos y superficiales intentos de describirlos. Muchas de las dificultades que se plantean en la delimitación del concepto de intereses supraindividuales, se deben a problemas acerca de la debida colocación sistemática en el esquema de situaciones subjetivas jurídico-materiales. Si bien es fácil llegar a una noción intuitiva sobre estos intereses, es mucho más difícil trazar unos límites claros respecto a las otras dos categorías básicas, por un lado, los meramente individuales y, por otro, los públicos o generales de la comunidad política, pues, aparecen zonas de sombras y áreas compartidas como círculos secantes¹¹⁴.

¹¹³El fenómeno de los *intereses supraindividuales*, cuya existencia y trascendencia comenzó apuntándose en la doctrina especializada - ha ido progresivamente incorporándose a la bibliografía de alcance más general-, ha sido acogido también por la legislación de los países del entorno. Lo mismo ocurre con la legislación nacional, principalmente, a partir de la década de los ochenta, momento en que se produce su incorporación a los textos legales con la denominación “*intereses colectivos*”. Véase Rodríguez-Arana Muñoz, J., “El interés general como categoría central de la actuación de las Administraciones Públicas”, *Actualidad Administrativa*, N° 8, 2010, p. 1-12.

¹¹⁴Véase Rodríguez Arana, J., *Interés general, Derecho Administrativo y Estado del Bienestar*, Centro de Estudios Estratégicos, Madrid, 2011, pp. 177 y ss.

Es preciso, por otra parte, despejar un posible equívoco sobre la naturaleza de los intereses supraindividuales que los relaciona con la categoría de los *derechos sociales*, debido a que, frecuentemente, se refieren a objetos idénticos. Se trata, en ambos casos, de categorías jurídicas empíricas ambiguas, con dificultades de precisión jurídica. En principio, los derechos sociales tienen como principal función asegurar la participación de los distintos miembros de la comunidad en los recursos sociales. En sentido *objetivo*, los derechos sociales y los intereses colectivos y difusos pueden tener contenidos semejantes, aunque siempre los derechos sociales se refieren al conjunto de normas a través de las cuales el Estado lleva a cabo su función equilibradora y moderadora de las desigualdades sociales¹¹⁵.

Por su parte, en sentido *subjetivo*, los derechos sociales se refieren a las facultades de los individuos y de los grupos a participar de los beneficios de la vida social o que se traducen en determinados derechos y prestaciones directas o indirectas, por parte de los poderes públicos. Sin embargo, las facultades que contienen los derechos sociales no se traducen sólo en intereses difusos y colectivos, sino en una diversidad de situaciones jurídico subjetivas de ventaja que varían de unos derechos sociales a otros, pues éstos son objeto de tratamiento individualizado en el ordenamiento: a veces pueden adquirir la firme consistencia de un auténtico derecho subjetivo y, en otras ocasiones, se configuran como intereses legítimos o meros intereses de hecho¹¹⁶.

¹¹⁵En relación a los *derechos sociales*, se trata de una categoría de una ambigua figura empírica con particular contenido sociológico y económico, de la que resulta difícil precisar su significado jurídico. Véase Casacajo Castro, J.L., *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, pp. 47 y ss.

¹¹⁶Pueden ser entendidos también como un programa constitucional de distribución de bienes que se realiza mediante el equilibrio de intereses públicos, colectivos y privados. Véase Ara Pinilla, I., *Las transformaciones de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 112 y ss.

Por tanto, los derechos sociales no suponen únicamente intereses supraindividuales, aunque frecuentemente sea relevante la actuación de estos últimos para exigir una mejor satisfacción de tales derechos. En consecuencia, aunque se refieran a idénticos objetos, los intereses supraindividuales y los derechos sociales son categorías que operan en planos diversos¹¹⁷.

En todo caso, la naturaleza jurídica de la figura de los intereses supraindividuales es *ambigua y equívoca*, en buena parte debido a la heterogeneidad que se esconde tras ella. El debate fundamental entorno a aquéllos es referido a si constituyen una categoría nueva respecto de las ya consolidadas (por un lado, las de carácter individual –derecho subjetivo e interés legítimo- y, por otro, la categoría del interés público), es decir, si se integran en esta estructura como un *tertium genus* intermedio, o si, por el contrario, se adaptan a esa bipolaridad ajustándose a las situaciones de ventaja conocidas.

4.1. Mera suma de intereses o situación de ventaja única: pertenencia al individuo o a la colectividad.

Una de las cuestiones fundamentales que debe abordarse, con nitidez y autonomía con respecto a la naturaleza de los intereses supraindividuales,

¹¹⁷Es importante mencionar, además, que la moderna doctrina iusfilosófica y constitucionalista ha propuesto una tercera generación de derechos humanos que, tras el individualismo liberal y la correspondiente a los derechos sociales, económicos y culturales, supone pasos adelante en la evolución de los derechos y libertades. Podrían inscribirse aquí las nuevas situaciones jurídicas tratadas, pues estos nuevos derechos humanos se presentan como una respuesta a la erosión y degradación que aqueja a los derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías: así se enumeran el derecho a la paz, el derecho a la calidad de vida, la libertad informática..., sin formar un *numerus clausus* de derechos, pues esta categoría se encuentra aún en fase de formación sin contornos precisos, salvo los que proporciona la nueva fundamentación en el valor prioritario de la solidaridad. Véase Pérez Luño, A.E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 84 y ss.

es la de si ellos son, en realidad, una posición de ventaja o relación jurídica única, inescindible o, por el contrario, una mera suma de intereses individuales.

Pueden distinguirse, en hipótesis y a grandes rasgos, tres posturas fundamentales acerca de tan importante cuestión. En primer lugar, la de quienes consideran que lo que se llama interés supraindividual no existe como tal, sino que es una agregación ideal –o en todo caso existente con un fundamento únicamente pragmático, pero nunca ontológico- de una multiplicidad de intereses distintos, estrictamente, individuales. En segundo lugar, y en el extremo opuesto con respecto a la postura anterior, existen otros autores, que conciben al interés supraindividual como un solo interés, unitario, en cuyo seno, por tanto, no se distinguen posiciones individualizables.

Finalmente, podría destacarse una tercera vía o *“tertium genus”* de posición intermedia entre las anteriores, para la cual el interés supraindividual no es ni una agregación informe de intereses individuales, ni una única situación objetiva, sino una cualificación de unos intereses individuales que les hace elevarse a una dimensión superior a la estrictamente individual.

4.1.1. Perspectiva individualista de los intereses supraindividuales

La primera posición es característica de una concepción típicamente liberal, que en su formulación originaria niega relevancia al ámbito colectivo o social y, por ello, autonomía conceptual a la noción de interés supraindividual. Contempla al individuo aislado de toda relación social, como

árbitro del mundo jurídico y, por consiguiente, las posiciones subjetivas de carácter individual como los únicos intereses posibles¹¹⁸.

La cuestión es, en definitiva, hasta qué punto un interés aunque sea supraindividual permanece inherente a la personalidad psico-física y social del individuo. Es paradigmática esta posición que recalca la individualidad de estos intereses pues entiende que ellos son siempre una agregación de situaciones subjetivas reconocidas por la ley a los singulares individuos y coordinadas para alcanzar un fin común¹¹⁹.

Esta concepción ha sido largamente prevalente y a pesar de que sus presupuestos ideológicos no perviven ya, al menos con la radicalidad de los términos en que se ha expuesto, algunos autores, continúan inclinándose por ella¹²⁰. En algunos casos, se puede identificar una serie de intereses individuales tras el interés supraindividual, pues ésta agregación viene formada por individuos, cada uno de los cuales tiene una relación con unos bienes determinados, divisibles, concretos y, por tanto, susceptibles de goce exclusivo, pero idénticos cualitativamente; se trataría de intereses individuales, pero pequeños, de poca entidad, que necesitan ejercitarse colectivamente para poder tener posibilidades de tutela efectiva.

¹¹⁸Respecto a los intereses de los consumidores: “cabe preguntarse si la expresión *interés difuso* no es sino una fórmula para identificar los intereses personales de particulares consumidores, que de por sí, tendrían relevancia jurídica en cuanto tutelados directamente por el ordenamiento”. Véase Alpa, G., *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, Il Mulino, Bologna, 1977, pp. 283 y ss.

¹¹⁹No se aprecia diferencia entre intereses difusos y aquellos individuales, ya que los primeros también son individuales y se refiere sólo al factor exterior de su cantidad la característica de la supraindividualidad que se les atribuye. Véase Vocino, C., “Sui c.d. interessi diffusi”, *Studio in memoria di Salvatore Satta*, v. II, Cedam, Padova, pp. 1883 y ss.

¹²⁰Véase Vigoriti, V., *Interessi collettivi e Processo. La legittimazione ad agire*, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 44 y ss.

4.1.2. Noción unitaria de los intereses supraindividuales

La segunda posición destacada considera al interés supraindividual como una categoría autónoma, un interés distinto de las posiciones individuales o de su mera adición. Esta noción de interés, es planteada ya, aunque de un modo embrional, por los escritores de principios del siglo pasado, pero encuentra el ambiente idóneo para consolidarse en el seno de la organización corporativa de la producción y del trabajo impuesta a partir de los años veinte en Italia¹²¹.

No obstante, también esta noción unitaria de interés colectivo ha sobrevivido al régimen que la favoreció, siendo retomada, en un contexto constitucional, por los estudiosos del Derecho del trabajo, afirmándose, al efecto, que el interés colectivo *no es la suma de intereses individuales, sino su combinación y es indivisible en el sentido de que viene satisfecho no ya por más bienes aptos para satisfacer necesidades individuales sino por un único bien apto para satisfacer la necesidad de la colectividad*¹²².

Un referente importante que lleva a muchos estudiosos a hablar de interés colectivo o difuso en este sentido unitario es el artículo 32 de la Constitución italiana, que establece que “*la República tutela la salud como fundamental derecho del individuo e interés de la colectividad*”. Sin embargo, es necesario aquí realizar una precisión. Tampoco esta fórmula “*interés de la colectividad*” se refiere o puede asimilarse al interés colectivo entendido en sentido estricto ni al auténtico interés supraindividual o de un grupo más o menos determinado de personas (siempre referido a un ámbito subjetivo “*intermedio*” y fraccionable en posiciones individuales). Por el contrario, esta

¹²¹ Véase Tarzi, G., “Le associazioni di categoria nei processi civil con rilevanza collettiva”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1987, pp.777-778.

¹²² Véase Santoro Pasarelli, F., *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 10ª Edición, 1958, pp. 21 y ss.

fórmula está haciendo referencia al concepto de salud pública, como interés general encomendado a la Administración, y, por ende, no referible propiamente a los particulares sino –tan sólo- “*uti cives*”¹²³.

La fuente del equívoco es la siguiente: el presupuesto lo constituye el uso del término “*colectividad*”, tanto para referirse a la comunidad política general como a un grupo más o menos amplio y determinado de personas (que es el ámbito propio en que se desarrollan los intereses colectivos y difusos, es decir, todos los intereses denominados intereses supraindividuales). De él se deriva el que el interés de la “*colectividad*” (empleado el término en el primero de los sentidos descritos) se denomine automáticamente interés colectivo. Y se concluye, así, afirmando que, el interés colectivo es sinónimo del interés público. No obstante, tampoco puede asimilarse el aspecto de la concepción unitaria del interés con el de su consideración como interés público¹²⁴.

4.1.3. Posición “*tertium genus*” de los intereses supraindividuales

No parecen compartibles las posturas en los términos que han sido expuestas. Si bien las concepciones unitarias de los intereses supraindividuales han contribuido a destacar la trascendencia y cierta autonomía conceptual de estas posiciones y, por ello, el reconocimiento de la necesidad de valorar de forma diferenciada estos intereses, no puede aceptarse el corolario de tales planteamientos: *la atribución de una supuesta titularidad única del interés a “la colectividad”*. De la referencia al grupo como protagonista natural del fenómeno supraindividual (debe admitirse que los

¹²³Véase Berti, G., “L’interesse diffuso nel diritto amministrativo”, *Strumenti per la tutela degli interessi diffusi della collettività*, Atti del Convegno Nazionale, Bologna, 5 de dicembre de 1981, Maggioli Editore Rimini, 1982, pp.13-14.

¹²⁴Véase Pizzrusso, A., “Interesse pubblico e interessi pubblici”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1972, pp. 57-87.

que comparten un determinado interés constituyen una cierta colectividad, comunidad o grupo diferenciado y dotado de una cierta identidad a nivel sociológico), no puede derivarse el que la “colectividad”, entendido como algo autónomo y distinto de sus miembros, pueda ser considerado, en sentido técnico, titular del interés. Se puede hablar de un único interés en sentido traslaticio para reflejar la comunidad de la aspiración y significar la relevancia de su dimensión colectiva¹²⁵.

El interés supraindividual se ha presentado doctrinariamente por algunos autores como un interés abstracto, como una realidad sustancialmente objetiva. Ésta se concretaría por circunstancias de hecho que vendrían a precisarlo y por las posiciones más o menos concordantes o divergentes de sus titulares, es decir, por el particular tipo de tendencia hacia el bien que cada interesado establece. Sin embargo, las diferencias en esas posiciones no pueden ser consideradas meramente fácticas, irrelevantes desde el punto de vista jurídico, sino que influyen sobre la relación entre el sujeto y el bien, impidiendo afirmar que el interés supraindividual *o es sólo interés o no existe*¹²⁶, lo cual puede determinar, también, una diversidad de comportamientos procesales¹²⁷.

Por tanto, puede decirse que el interés supraindividual, si bien refleja una posición o aspiración común o compartida por un grupo de sujetos con relación a un mismo bien, está constituido en realidad por un conjunto de

¹²⁵Para las *concepciones unitarias* de los intereses supraindividuales, en éstos el titular directo sería la colectividad considerada en su conjunto, dado que el individuo no tendría una relación directa con el bien de que se trate, es decir, no estaría afectada concretamente su esfera de intereses directos. Sin embargo, se ha de precisar, que sí existe una relación directa –lo que no es dicha relación exclusiva, sino compartida por una colectividad de sujetos- con el bien pretendido: cada uno de esos sujetos es titular de un interés –legítimo- con respecto a ese bien.

¹²⁶Sólo en hipótesis puede asumirse que la posición de todos los titulares sea idéntica, absoluta y fielmente repetitiva. –en realidad cada sujeto vive y cultiva su propio interés de forma distinta a los demás. Véase Nigro, M., “Le due facce dell’interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza”, *Foro it.*, 1987, V., pp. 7-20.

¹²⁷Véase Romano, A., “Il giudice amministrativo di fronte al problema della tutela degli interessi diffusi”, *Foro it.*, 1978, pp. 8-20.

situaciones jurídico-subjetivas, cada una de las cuales, contemplada en su génesis, es personal. No es que no existan posiciones subjetivas, sino que una posición subjetiva está, por lo que se refiere a sus señas y objeto, difundida. El interés se fragmenta en una pluralidad de situaciones subjetivas referidas a sujetos particulares¹²⁸.

Por otra parte, tampoco resulta convincente la postura que indica que los intereses supraindividuales sean estrictamente individuales, tal como se han venido entendiendo tradicionalmente los mismos. Y ello, porque no son posiciones subjetivas exclusivas, sino que dan lugar a situaciones jurídicas análogas, compartidas, cualitativamente iguales, coincidentes con otras de igual contenido, que hacen referencia a diversos sujetos unidos por el mismo fin¹²⁹. Dicho fin, es perseguible por cualquiera de ellos, de modo autónomo, sin requerir la presencia ni el consenso de los demás, pues se actúa en realidad por una necesidad propia de cada individuo, aunque su consecución no pueda sino satisfacer también a los demás sujetos que tienen ese mismo interés, esto es, una necesidad referida al mismo bien conseguido¹³⁰.

En resumen, *el interés supraindividual es referible a la colectividad, pero también al individuo, a quien se protege no como tal, aislado y único titular de una posición subjetiva exclusiva, sino en cuanto miembro de esa colectividad, esto es, en virtud de su pertenencia a la misma.*

¹²⁸El que un derecho pertenezca a muchos no quiere decir que no pertenezca a ninguno, sino que todos los potenciales titulares han sido igualmente afectados. Véase Cordón Moreno, F., “El acceso a la justicia civil de los derechos de los consumidores”, *Estudios sobre Consumo*, N° 16, 1989, pp. 123-130.

¹²⁹Véase Gozaini, O.A., *Introducción al nuevo Derecho Procesal*, Ediar, Buenos Aires, 1988, pp. 170 y ss.

¹³⁰Véase Almagro Nosete, J., “Tutela procesal ordinaria y privilegiada (jurisdicción constitucional) de los intereses difusos”, *Revista Derecho Político*, N° 16, 1982-83, pp. 93-107.

4.2. Naturaleza pública o privada

Se ha discutido también en la doctrina acerca de si los intereses supraindividuales (colectivos y difusos) son intereses de naturaleza pública o privada.

4.2.1. Posiciones doctrinales: naturaleza privada, naturaleza pública o nivel “intermedio” entre lo público y lo privado

Por una parte, puede observarse cómo algunos autores adscriben el interés supraindividual al ámbito privado. Así, puede leerse que este interés no perteneciendo a un interés general de toda la colectividad organizada, aun siendo distinto del interés individual, es de por sí un interés privado, no un interés público¹³¹.

Otra tendencia, asimila los intereses supraindividuales al interés general o público. Esta asimilación se debe a razones o bien terminológicas o bien conceptuales. Es decir, en ocasiones, se utiliza el término colectivo, por ejemplo, en un sentido genérico para referirse al ámbito general o público y, en otras, sucede que expresamente se sostiene que los intereses colectivos y difusos no son sino intereses públicos¹³².

Lo primero se produce cuando comienza a cobrar importancia temática y autonomía el concepto de interés supraindividual y su diversa tipología, es decir, cuando comienza a hablarse de los *intereses colectivos y difusos*. En esos momentos sólo eran considerados los intereses individuales

¹³¹En esta tendencia deben incluirse todos aquellos autores que consideran los intereses supraindividuales como estrictamente individuales.

¹³²Véase García De Enterría, E., “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”, *Revista Española Derecho Administrativo*, N° 89, 1996, pp. 69-89.

enfrentados a los públicos y, por ello, se encasilló la categoría colectivo en el ámbito de lo general y, por ende, de lo público¹³³.

En cuanto a lo segundo, supone un posicionamiento de fondo consciente respecto de las figuras. Esta tendencia está vinculada a la evolución en la interpretación de la noción de “*daño*”, formulada por la *Corte dei Conti italiana*. La justicia contable de aquel país ha reivindicado un papel primario en la tutela de los intereses difusos, fundándose en la convicción de que la lesión de tales intereses constituye un supuesto de daño inmediatamente referible al Estado. Esto induce a privilegiar una gestión exclusiva de los bienes “*colectivos*” por parte de la Administración, lo cual se traduce, en el ámbito del proceso, en una legitimación pública como el instrumento idóneo para resolver los problemas de acceso de los titulares difusos a esta sede jurisdiccional, pero sobre todo en la privación o negación de tal legitimación a todo tipo de sujetos privados (particulares y organizaciones interesadas)¹³⁴.

En una formulación contundente de esta postura, puede leerse lo siguiente: “*los llamados intereses difusos no son otra cosa que el interés público o general que pertenece institucionalmente a la colectividad organizada, expresada en el ente público y cuya tutela está confiada exclusivamente al poder público, que como tal, está al cuidado del interés general como su fin institucional. La falta del requisito de la individualidad identifica este tipo de intereses con el general*”¹³⁵.

¹³³La confusión entre el *interés colectivo* y el *general* tiene su origen en los tiempos en que sólo eran apreciados los intereses individuales como enfrentados a los públicos. De acuerdo con esta concepción el interés colectivo aparece como sinónimo del general, ya que al tratarse de un interés que no es estrictamente individual se le reconoce como general. Véase Carnelutti, F., *Sistema de Derecho procesal civil*, (Alcalá-Zamora, N. y Sentis Melendo, S., Trad.), Uteha, Buenos Aires, 1944, pp.12-13.

¹³⁴Véase Bassi, F., “Brevi note sulla nozione di interesse pubblico”, *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, V. I., Modena Mucchi, 1996, pp. 243-247.

¹³⁵Véase Sinagra, L., “Intervento”, *Strumenti per la tutela degli interessi diffusi della collettività*, Maggioli Editore, Rimini, 1982, pp. 167-170.

Puede distinguirse una tercera posición doctrinal: la de quienes sostienen que el interés supraindividual ocupa una *posición intermedia* entre lo público y lo privado. Se trasciende, entonces, la concepción de fines e intereses individuales sin llegar, sin embargo, a la de los fines e intereses generales o públicos.

Dentro de esta posición intermedia, algunos autores observan, un mayor acercamiento a lo privado que a lo público, estos intereses estarían en una zona intermedia entre lo privado (derecho e interés legítimo) y lo público (interés del Estado). Finalmente, para otros, no tiene sentido discutir sobre la colocación del fenómeno colectivo en el ámbito público o privado, ya que la experiencia demuestra como de hecho, ciertos intereses, de los cuales se ha pensado en algún momento que tenían naturaleza rigurosamente pública, han sido después tutelados, defendidos por sujetos privados, citando como ejemplo de ello, la tutela de ambiente o la salud. Por esa razón, el problema de los intereses tutelables en forma colectiva, no se resuelve en términos de público o privado, sino que es una cuestión más compleja cuya solución depende de una serie de condiciones relativas contingentes como pueden ser la fuerza y las posibilidades ofrecidas por los órganos del Estado, las posibilidades de organización interna, la intensidad con que la aspiración es compartida por los sujetos interesados, etc.¹³⁶

4.3. Caracterización jurídica: derecho subjetivo, interés legítimo o “*tertium genus*”

Se ha venido hablando insistentemente de intereses (en general, jurídicos, públicos, supraindividuales, etc.). La mayoría de la literatura sobre

¹³⁶En síntesis, hablar de lo público o privado puede valer como una referencia, pero no para levantar una barrera. Véase Vigoritti, V., *Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad agire*, Giuffrè, Milano, 1979, pp.34-35.

el tema emplea este término y no el de “*derecho*” para calificar tales situaciones, si bien, en ocasiones, se utiliza la expresión derecho, cumulativamente o alternativamente. Probablemente, la categoría tradicional de derecho es impreciso y equívoco. La envoltura técnico-jurídica de estas situaciones o aspiraciones no pueden ser, obviamente, la del derecho subjetivo, por lo menos, en la medida en que tal categoría “*reenvíe a la idea de una posición atomizada del individuo apreciado en abstracto, una posición accionable y tutelable jurídicamente en términos individuales, una posición jurídica adquirible según determinadas reglas formales*”¹³⁷.

También se afirma que el término “*derecho*” es sinónimo de situación jurídicamente subjetiva constitucionalmente protegida, por lo que no puede identificarse, en términos normativos, el concepto de “*interés*” y el de “*necesidad*”, ya que no siempre los intereses dirigidos a satisfacer “*las necesidades de las colectividades*” son considerados como relevantes a nivel constitucional¹³⁸.

La delimitación conceptual respecto al derecho subjetivo e interés legítimo ha sido referido previamente con vistas a sentar las bases del análisis relacionado a si los intereses supraindividuales son reconducibles o no a dichas situaciones subjetivas¹³⁹.

¹³⁷Véase Sgubbi, F., “Tutela penale di “interessi diffusi”, *La Questione Criminale*, 1975, pp. 439-481.

¹³⁸Un interés supraindividual, por ejemplo, interés a la “*calidad de vida*” puede ser ciertamente un interés relevante, pero sería necesario una ulterior concreción jurídica para poder afirmar la existencia de un “*derecho*” (a la calidad de vida). Véase Recchia, G., “Considerazioni sulla tutela degli interessi diffusi nella Costituzione”, *La tutela degli interessi diffusi nel Diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1976, pp. 25-70.

¹³⁹Cabe reiterar, que la discusión sobre este tema se ha planteado principalmente en Italia. Por ello, ha de advertirse del origen *ius-administrativo* del concepto de interés legítimo, es decir, de su surgimiento y desarrollo en el seno de una estructura jurídica muy condicionada por las particularidades del ordenamiento jurídico italiano. De este modo, se ha destacado la conveniencia de romper los condicionamientos históricos de este concepto, motivados por su origen foráneo y por la inercia de su interpretación vinculada a la jurisprudencia administrativa. Asimismo, cabe advertir, que la distinción teórica entre las categorías de derecho subjetivo e interés legítimo no puede referirse a la tutela jurisdiccional que ambas merecen. El artículo 24 CE (inspirado precisamente en su homólogo italiano) ha consagrado el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos, sin

Parte de la doctrina se inclina por afirmar que estos intereses son calificables como derechos subjetivos y/o intereses legítimos. La única solución sistemáticamente correcta es reconducir los intereses supraindividuales al ámbito de las posiciones de ventaja reconocidas por el ordenamiento, es decir, a las figuras del derecho subjetivo o del interés legítimo¹⁴⁰. Puede decirse, que siempre que se trata de un interés supraindividual se está frente a un derecho subjetivo “colectivo” o un interés legítimo “colectivo”, según la extensión que se quiera reconocer a las posiciones de ventaja de carácter individual que son objeto de protección y consideración por parte del ordenamiento¹⁴¹.

Considera esta solución también como la más útil en el plano de la oportunidad, ya que no se ve a través de qué canales o vías podrían lograr llevarse al proceso posiciones de ventaja que se presentan como algo radicalmente distinto de aquello para cuya protección han sido forjados el proceso y sus instituciones¹⁴².

establecer distinciones entre ellos, por los que los ha equiparado a efectos de tutelabilidad o protección jurisdiccional. Véase Almagro Nosete, J., “Cuestiones sobre legitimación en el proceso constitucional de amparo”, *El Tribunal Constitucional*, Tomo I, Dirección General de lo Contencioso del Estado-Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, pp. 369-408.

¹⁴⁰Así, habrá, en las distintas hipótesis “derechos subjetivos públicos” o “intereses legítimos colectivos”, según que las normas califiquen como derecho o como interés a las situaciones tuteladas

¹⁴¹Sin embargo, ello no equivale a entender el interés colectivo como una simple suma de intereses individuales, ni vincular el fenómeno colectivo a ciertos contenidos, ya que “*el espacio en el seno de estas figuras es amplísimo y no hay duda de que pueden recibir sistemas de valores distintos. Tales figuras, en fin, no son en absoluto estructurales en un determinado tipo de ordenamiento, sino que tienen naturaleza, esencia y contenido “histórico”, y, por tanto, adaptables a las necesidades expresas de ordenamientos con caracteres político-ideológicos distintos*”. Véase Vigoritti, V., *Interessi collettivi*, e proceso. *La legittimazione ad agire*, Giuffrè, Milano 1979, pp. 24-32.

¹⁴²Véase Nigro, M., “Le due facce dell’interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza”, *Foro Italiano*, Tomo V, 1987, pp. 7-20. Véase Romano, A., “Intervento”, *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Cedam, Padova, 1976, pp. 293 y ss. Véase Barrios de Angelis, D., *Introducción al estudio del proceso. La psicología y sociología del proceso. El ombudsman. La defensa de los intereses difusos*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1983, pp. 129-130.

Para otros, en cambio, el concepto de interés supraindividual es un elemento jurídico autónomo, alternativo respecto de las típicas situaciones de derecho sustancial. Se ha hecho habitual para expresar esta idea el referirse a él como un *“tertium genus”*¹⁴³. Estos nuevos intereses se presentan como antagonistas de las posiciones objeto de tutela históricamente aceptada: *expresan exigencias de participación y de control con respecto a la decisión del sujeto investido de poder, más que la aspiración a ser colocados en el mismo cuadro al que pertenecen las figuras tradicionales del poder jurídico*¹⁴⁴.

Pues bien, el interés supraindividual constituye una situación sustancial no equiparable al derecho subjetivo porque la tutela que le garantiza el ordenamiento positivo a aquél no es directa y absoluta, sino ocasional y mediata, operante exclusivamente en el momento de coincidencia entre el interés del particular o del ente exponencial y la voluntad de la función pública. De ahí que esta categoría conceptual se coloque en la gradación de los valores sustanciales objeto de tutela, en un plano distinto de los derechos subjetivos.

Respecto a la diferencia específica entre interés legítimo e interés difuso, ésta se verifica en el plano procesal. La tutela del interés legítimo presupone un juicio de valor, presente, con validez *“ex ante”* de la voluntad misma de la

¹⁴³Se impone aquí también hacer una precisión. Y es que esta calificación de *“tertium genus”* se ha adoptado con respecto a los intereses supraindividuales, en dos formas distintas –creando una nueva fuente de confusión–: unos utilizan este término respecto a la caracterización jurídica de ellos, es decir, para explicar que ocupan una posición alternativa respecto al derecho subjetivo y al interés legítimo. Y otros, con referencia a su encuadramiento en el ámbito público o privado. Es decir, no se discriminan adecuadamente las cuestiones de la calificación del interés supraindividual como interés legítimo, derecho subjetivo o *“tertium genus”* y la de su colocación o posición intermedia respecto al interés individual y el general. Véase Bujosa Vadell, L.M., *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 87 y ss.

¹⁴⁴Se ha señalado, *“la imposibilidad de utilizar a los fines de la tutela los esquemas ordinarios del derecho subjetivo y el interés legítimo, ya que a ellos –intereses supraindividuales– no corresponde un poder o forma de privilegio exclusivo y diferenciado”*. Véase Zanuttigh, L., *“La tutela di interessi collettivi (a propósito di un recenté convegno)”*, *Foro italiano*, V, 1975, pp. 71-83.

ley que cualifica la posición sustancial de ventaja, como un interés jurídicamente relevante. La norma de derecho sustancial atribuye la legitimación para obrar, reconociendo al sujeto la titularidad de una posición jurídica; la atribución del interés legítimo y del derecho de acción no son actos distintos; se realizan en un único momento de perfeccionamiento de la eficacia jurídica sustancial y procesal¹⁴⁵.

En cambio, en la situación sustancial del interés supraindividual, el particular es titular de una posición jurídica común a un número indeterminado de sujetos, puestos en común por un factor de conexión objetivo y/o subjetivo. Y, como consecuencia, de la naturaleza indiferenciada de la posición, no se da una atribución del “*poder de acción*”, es decir, que el interés difuso no es un interés legítimo, sino un interés de hecho, cuya actuación se desarrolla en la función administrativa¹⁴⁶.

Por su parte, la jurisprudencia italiana que ha mostrado desde hace tiempo interés y atención a esta temática, situó en repetidas ocasiones durante la década de los años setenta, a los intereses supraindividuales en el ámbito de los intereses simples o de hecho. Muestras significativas de esta postura son las consideraciones del *Consiglio di Stato* en las que se afirma que “*el interés común a una categoría de sujetos en cuanto tal, es decir, en cuanto imputable a una pluralidad de sujetos caracterizados por un común denominador, no es, sin embargo, y aun siendo un interés más específico*

¹⁴⁵Véase Zanuttigh, L., “Intervento”, *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Cedam, Padova, 1976, pp. 312 y ss. Véase Lener, A., “Violazione di norme di condotta e tutela civile dell’interesse al ambiente”, *Foro Italiano*, 1980, Tomo V, pp. 106 y ss.

¹⁴⁶Se ha negado que los intereses difusos y colectivos puedan considerarse intereses legítimos. Existe una “*laxitud y flexibilidad del interés material sustentador o legitimante de una pretensión; en este caso, no ya el interés legítimo, nunca el derecho subjetivo, ni cualquier interés directo, sino el interés reflejo para poder solicitar la tutela de dicho interés, obviamente difuso*”. Véase Lozano-Higuero Pinto, M. “De nuevo sobre la tutela de los intereses difusos (en especial el patrimonio histórico)”, *Justicia*, 1996, pp.305-318,

Véase Zanuttigh, L., “Intervento”, *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Cedam, Padova, 1976, pp. 312 y ss.

*que el de la generalidad, el interés legítimo considerado en su acepción tradicional*¹⁴⁷.

4.4. Algunas precisiones

Cabe sostener, en primer lugar, que el *interés supraindividual* no es un interés nuevo en sí, diferente de los intereses particulares que lo componen, como tampoco es una suma de simples intereses individuales. Su caracterización parece que avanza por otros caminos. Por un lado, con estos intereses todavía es posible visualizar posiciones individuales con respecto a una determinada necesidad, pero dichas posiciones no vienen a ser intereses estrictamente individuales porque no son posiciones subjetivas exclusivas, sino que dan lugar a situaciones jurídicas análogas, compartidas, cualitativamente iguales, coincidentes con otras de igual contenido, que hacen referencia a diversos sujetos, unidos por el mismo fin¹⁴⁸.

Dicho fin es perseguible por cualquiera de esas personas de modo autónomo, sin requerir la presencia ni el consenso de los demás, puesto que se actúa por una necesidad propia de cada sujeto, aunque su consecución en un plano procesal no pueda sino satisfacer también a los demás sujetos que tienen ese mismo interés, esto es, una necesidad referida al mismo bien conseguido. Entonces, hay que decir, que el interés supraindividual, si bien es referible a la colectividad o grupo, lo es también al individuo al que protege ya no de forma aislada y como único titular de una posición subjetiva exclusiva, sino en cuanto miembro de la colectividad.

¹⁴⁷Sentencia de 14 de julio de 1972, N° 475, del Consiglio di Stato, publicada en *Giurisprudenza Italiana*, 1973, tomo I, pp. 260 y ss.

¹⁴⁸Véase Ferrer Mac.Gregor, E., *Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa, México, 2001, pp. 1126-1128.

Por su parte, puede sostenerse, que el ámbito en que estos intereses se desarrollan no es ni el puramente privado ni el público en sentido estricto. Es un nivel “*intermedio*” entre lo público y privado donde encuentran su existencia, en correspondencia con la posición también intermedia de los cuerpos sociales que son sus naturales portadores –sin perjuicio, de que también pueda serlo un particular-¹⁴⁹.

Por tanto, poseen una dimensión propia, que podría denominarse social, a la que en sentido genérico se alude en la doctrina como “*colectiva*”. Son intereses que originariamente son personales, pero que por ser compartidos, comunes, no exclusivos, adquieren una relevancia superior, desde el punto de vista de su desenvolvimiento, siendo normalmente asumidos por organizaciones que los hacen valer¹⁵⁰.

En tanto, si los intereses supraindividuales serían una nueva categoría de intereses o una expresión reconducible a las categorías tradicionales existentes en materia de situaciones jurídicas sustanciales, interés legítimo y derecho subjetivo, pareciera inoportuno la construcción de una categoría nueva para la consideración y la protección de situaciones subjetivas en los que aparece involucrado el fenómeno colectivo¹⁵¹. Lo que sucede con estos intereses, es que el sustrato sociológico en el que se desenvuelven las distintas posiciones subjetivas materiales de los individuos se ha visto modificado, por lo que las categorías ya conocidas de derecho subjetivo e

¹⁴⁹Véase Cappelletti, M., “Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1978, N° 31-32, pp. 1-12.

¹⁵⁰En síntesis, la peculiar fisonomía de estos intereses es que son personales en su nacimiento, pero sociales en su desarrollo. En este sentido, se ha dicho sobre ellos: “*son intereses privados de dimensión colectiva*”.

¹⁵¹Algunos autores, sin embargo, abogan por la superación de las categorías derecho subjetivo-interés legítimo, tratándose de cuestiones relativas a los intereses de índole colectiva. Véase Morello, A. y Stiglitz, G., *Tutela procesal de los derechos personalísimos e intereses colectivos*, Editorial Platense, La Plata, Argentina, 1986, pp. 176 y ss.

interés legítimo se han tenido que adaptar a los nuevos requerimientos sociales¹⁵².

Con el transcurrir del tiempo, con los nuevos desarrollos tecnológicos, con las nuevas pautas de consumo, con las nuevas exigencias de una sociedad del bienestar, se ha dado un cambio cualitativo en las necesidades humanas y en los modos de su satisfacción. Uno de esos cambios, es la expansión o difuminación de las posiciones subjetivas, respecto de determinadas necesidades o determinados bienes¹⁵³. Ahora bien, sobre la base de una concepción netamente individualista del derecho subjetivo se ha producido un rechazo de esta categoría para caracterizar a las posiciones de grupo o colectividad y, sobre todo, para servirles como vehículo para su protección jurídica, entendiéndose, muy al contrario, como uno de los principales impedimentos para el desarrollo y tutelabilidad de estas situaciones jurídicas nuevas¹⁵⁴.

Si bien pueden existir dificultades para otorgarles la calificación dogmática de derechos subjetivos¹⁵⁵, no las hay para hablar de auténticos *intereses legítimos*. Todo dependerá del contenido que se le dé al concepto de interés legítimo. Si se le otorga un perfil exclusiva y estrictamente

¹⁵²Para el derecho tradicional, las relaciones jurídicas involucraban –por regla general– a dos personas individualmente consideradas: un propietario que reivindicaba el dominio de un bien que estaba en posesión de otro; un heredero que impugnaba el testamento que lo excluía, etc.

¹⁵³Ejemplo de ello, las emisiones de humo u olores desagradables que provocaba un vecino a otro. Ahora, una contaminación de una gran empresa que afecta a todos los vecinos de un vecindario, pueblo o ciudad, por lo que se produce una expansión de los afectados en sus derechos o intereses.

¹⁵⁴Por ejemplo, en la temática ambiental, las dificultades en la construcción de un “*derecho al medio ambiente*” como un derecho subjetivo, ya que esta categoría tiene un marcado cuño individualista. Véase Pérez Conejo, Lorenzo, *La defensa judicial de los intereses ambientales (Estudio específico de la legitimación difusa en el proceso contencioso-administrativo)*, LexNova, Madrid, 2001, pp. 97 y ss.

¹⁵⁵Cabe destacar, que si se despoja a la categoría genérica de “*derecho*” de esas connotaciones exclusivamente individuales y patrimonialistas, no existe óbice esencial en utilizar tal categoría junto con la de interés. Lo esencial, al respecto, es constatar que la situación en que se encuentran los sujetos es jurídicamente relevante y jurídicamente protegida, se catalogue como se catalogue, y que, en su seno, cabe una dimensión supraindividual. Véase Gidi, A. “Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos”, *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, hacia un código modelo para Iberoamérica*, Porrúa, México, 2003, pp. 25-38.

individual necesariamente se concluye que los intereses colectivos y difusos no son reconducibles a la categoría del interés legítimo. Sin embargo, nada impide que se dote a esta figura de un espacio en el que quepan también las situaciones supraindividuales.

En los últimos años, puede apreciarse una ampliación del ámbito de los intereses legítimos como consecuencia del reconocimiento de los intereses supraindividuales como tales, que se viene produciendo en muchos ordenamientos por vía legislativa o jurisprudencial. De este modo, los intereses supraindividuales han pasado de ser meros intereses de hecho a configurar situaciones jurídico-subjetivas activas de la misma naturaleza que cualquier otro interés legítimo con la única diferencia de que no se trata de situaciones jurídicas exclusivas.

5. Intereses colectivos y difusos.

Una vez acotadas y definidas la naturaleza y características comunes de los intereses supraindividuales, corresponde referirse a los diversos tipos de situaciones que se pueden incluir en aquel concepto global.

Ya se ha tenido ocasión de indicar las peculiaridades terminológicas y conceptuales de esta materia, así como de advertir, de la heterogeneidad y confusión reinante en la exposición que la doctrina ha hecho de la misma. Suele hablarse, habitualmente, de intereses difusos y/o colectivos. En algunas ocasiones, se hace mención tan sólo a uno de esos términos, y, en otras, se emplean ambos, de forma cumulativa o alternativa o

estableciéndose una diferenciación con base en criterios nada homogéneos¹⁵⁶.

Por ello, parece imprescindible proceder al desarrollo de algunos criterios que han sido considerados por la doctrina para establecer la diferenciación entre los intereses colectivos y difusos, a partir de lo cual se podrán formular algunas precisiones sobre sus peculiares características.

5.1. Clases: intereses colectivos y difusos

Una importante parte de la doctrina tiende a considerar que los intereses colectivos se determinan sobre la base de un *criterio puramente subjetivo*: el de su *portador*. De este modo, resulta que los *intereses colectivos* son los que tienen como portador o centro de referencia un ente exponencial de un grupo no ocasional, unos intereses que frente a la difuminación del interés difuso observan una distinción por la agregación del grupo¹⁵⁷.

Ahora, parece difícil compartir esta tesis, que considera como único criterio de identificación de los intereses colectivos el subjetivo, en el sentido de inherencia a un grupo organizado: puede no ser colectivo un interés defendido por una entidad u organización, al tiempo que el valedor de un interés colectivo no ha de ser necesariamente colectivo, esto es, un ente organizado. Este planteamiento confunde, en cierta medida, los problemas

¹⁵⁶Diversos autores han constatado cómo en la diferenciación del interés difuso con el colectivo es donde se da la mayor ambigüedad terminológica en la generalidad de la doctrina.

¹⁵⁷Los *intereses difusos* suponen una “*masa inorgánica*”, cuyos integrantes personales no son individuos identificados ni fácilmente identificables. Son difusos, en cuanto a su titularidad. En cambio, los intereses colectivos son los de pluralidades de personas, organizadas, identificables o identificadas. Véase Fairen Guillen, V., *Ensayo sobre procesos complejos: la complejidad en los litigios*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 244 y ss.

de la titularidad y de la representatividad de estas posiciones subjetivas y, de este modo, se torna reductivo y no plenamente satisfactorio¹⁵⁸.

Para otros autores, es el *criterio de la organización* el que determina la diferencia fundamental entre los intereses colectivos y difusos. Ambas fórmulas se refieren a una pluralidad de situaciones de ventaja de carácter individual, pero, en el primer caso, existe una organización, expresión de la estructura tendencialmente unitaria del colectivo, que asegura unidad de tratamiento de los intereses correlacionados y unidad de efectos de la resolución jurisdiccional. En el segundo caso, los intereses están aún atomísticamente considerados y carecen, por consiguiente, de los instrumentos para una valoración unitaria. Por tanto, para que pueda hablarse de “*colectivo*”, en el sentido de relación de intereses establecida para el logro del fin común, debe existir, en todo caso, una organización. Este es el elemento esencial que distingue a los intereses colectivos de los difusos¹⁵⁹.

Respecto a que el criterio organizativo sea la nota determinante en cuanto a la diferenciación de ambos tipos de intereses parece confuso. Primero, respecto de los intereses difusos, también se presentan supuestos en que pueda existir una organización que los defienda, esto es, que se haga cargo y tenga como función propia la defensa del bien jurídico al que aspiran o que necesitan los sujetos interesados. Segundo, es preciso observar, que

¹⁵⁸La individualización –determinación– de un interés no puede reducirse a la determinabilidad del sujeto que sea su particular portador, sino que debe comprender cualquier elemento que suministre características que le distingan de los demás. Véase Piraino, S., “L’interesse diffuso nella tematica degli interessi giuridicamente protetti”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1979, pp. 202-222-

¹⁵⁹El hecho de que no se coordinen y organicen los intereses difusos les hace permanecer en una dimensión individual, aunque sean coincidentes en su contenido. Véase Vigoriti, V., *Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad agire*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 39-40. Así, en el colectivo se habría alcanzado una conjunción o coordinación de intereses; los difusos serían, en cambio, el resultado de agregaciones aún informales. Véase Caravita, B., *Diritto pubblico dell’ambiente*, Il Mulino, Bologna, 1990, pp. 279 y ss.

la imputación del interés a un ente o sujeto portador, nada modifica en cuanto a sus rasgos esenciales la situación jurídica que haya de tutelarse.

Otros autores, se fijan en el *reconocimiento normativo* que distinguiría ambos tipos de interés, tomándolo como uno de los elementos definitorios del interés difuso. Así, el interés difuso adolece de concreción normativa orgánica en sus tutelas material y procesal¹⁶⁰.

Sin embargo, este último criterio, no parece basado en un fundamento suficientemente sólido, ya que la naturaleza y estructura de las situaciones jurídicas que responden a lo que se denomina intereses difusos no se alteran por el hecho de que tal acogimiento normativo se produzca, incluso de modo plenamente concreto.

Se ha destacado también, que lo que diferencia al interés colectivo del interés difuso en sentido genérico es que aquél consiste precisamente en una *especificación o sectorialización* de éste con base en criterios subjetivos. Se establece, de esta forma, una relación de género a especie entre el interés difuso y el colectivo y, se observa, la posibilidad e incluso la tendencia a presentar los intereses difusos como colectivos, mediante un proceso de sectorización o unificación que termine por circunscribirlos al ámbito concreto de un grupo determinado y no ocasional de personas¹⁶¹.

¹⁶⁰El *interés difuso* refleja mejor el origen factual y sustancial de la figura, reservando el atributo colectivo para designar la figura en cuestión en el momento de su reconocimiento normativo. Véase Sgubbi, F., “Tutela penale di “interessi diffusi”, *Questione Criminale*, 1975, pp.439-481. Véase Lozano-Higuero Pinto, M., “Legitimación, protección jurisdiccional de los intereses difusos y colectivos”, en Morón Palomillo, M. (Dir.), *El proceso civil y su reforma*, Colex, Madrid, 1998, pp. 169-190.

¹⁶¹El *interés difuso* es un género amplio en el que se encuentra la especie del *interés colectivo*. Éste último, es un interés difuso que ulteriormente es susceptible de concretarse. Véase Gómez De Liaño González, F., “La legitimación colectiva y el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Justicia*, 1986, pp. 549-576.

De igual forma, se destaca, que el interés puede ser, desde el punto de vista de los sujetos, individual o grupal, según que corresponda exclusivamente a un individuo o a un grupo bien delimitado. Cuando el interés corresponde a un grupo indeterminado, puede comenzarse a hablar de interés difuso o colectivo. Por tanto, es la *dimensión del grupo subjetivo* lo que hace colectivo a un interés, pero es la indeterminación, la falta de límites precisos en cuanto a la identificación de las personas que lo componen, lo que convierte a ese interés en difuso. Es decir, el interés difuso se caracteriza por corresponder a los sujetos de un grupo indeterminado¹⁶².

Aun considerando a ambos, colectivos y difusos como “*supraindividuales*”, no susceptibles de ser referidos a un determinado titular, la reciente doctrina, introduce otro elemento de distinción, el de la *vinculación jurídica*, llamando colectivos a aquellos intereses comunes a una colectividad de personas y solamente a ellas, cuando existe un vínculo entre los integrantes del grupo: la sociedad mercantil, el condominio, la familia, los entes profesionales, el mismo sindicato, dan margen a que surjan intereses comunes, nacidos en función de una relación base que une a los miembros de las respectivas comunidades y que no confundándose con los intereses estrictamente individuales de cada sujeto, permiten su identificación. Por otro lado, llamando intereses propiamente difusos a aquellos que no fundándose en un vínculo jurídico, se basan en datos de hecho genéricos y contingentes, accidentales y mudables: como habitar en la misma región, consumir los mismos productos, vivir en determinadas circunstancias socioeconómicas¹⁶³.

¹⁶²Véase Barrios De Angelis, D., *Introducción al estudio del proceso. La psicología y sociología del proceso. El ombudsman. La defensa de los intereses difusos*, Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 125.

¹⁶³Esta distinción doctrinal ha llegado a tener reflejo positivo legal en una de las legislaciones que más explícitamente se refiere y regula la materia de los intereses difusos y colectivos: *la brasileña*. En efecto, la Ley N° 7347/1985, de 24 de julio, crea la “*acción civil pública*”, referida según su artículo 1° a la “*responsabilidad por daños causados al ambiente (número 1), al consumidor (número 2), a bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisajístico (número 3)*”. Posteriormente, la Ley N° 8078/1990, de 11 de septiembre, que aprueba el Código de Defensa del Consumidor, añade un cuarto párrafo que extiende dicha acción a “*cualquier otro interés difuso o*

5.2. Características de los intereses colectivos y difusos

La mayoría de los estudios acerca de esta nueva modalidad del interés colectivo o difuso subrayan el carácter social o el origen posindustrial del mismo¹⁶⁴. La explicación del fenómeno se localiza en el intento de abrir el ordenamiento a toda una serie de conflictos y pretensiones sociales inspirados por determinados bienes vinculados a un momento preciso del desarrollo social, como es el de la moderna sociedad industrial con los numerosos problemas de todo tipo generados por su desarrollo¹⁶⁵.

El interés difuso, se caracteriza teniendo en cuenta las peculiaridades de su titularidad y de su disfrute, es decir, el modo en que son percibidos y se manifiestan subjetivamente. Y es que respecto de los intereses difusos no es posible su titularidad sino que el interés se imputa a sujetos determinados sin que exista un vínculo directo entre ellos. Este interés no aparece atribuible a

colectivo". Es, precisamente, en el artículo 81 de esta última ley, donde se encuentra explicitada y, por ello, legalmente fijada esta diferenciación, ya que en él se definen ambas categorías: *difusos* son los "intereses supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sean sujetos personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho"; *colectivos* son los intereses "supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, una categoría o una clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base. Véase Pellegrini Grinover, A., "Las acciones colectivas para la defensa del ambiente y los consumidores (La ley brasileña N° 7347, de 24 de julio de 1985)", *Revista Derecho Procesal*, N° 3, 1988, pp.705-707.

¹⁶⁴En sus estudios pioneros sobre el surgimiento de las pretensiones supraindividuales, en la década del setenta, Cappelletti se refería ya, indistintamente, a la existencia de intereses difusos o colectivos: "*una quantità crescente, per numero e per importanza, di rapporti e di attività coinvolgono non singoli soggetti soltanto, isolatamente presi, ma gruppi, classi, categorie intere. Interessi tipici di questo mondo nuovo, come quelli alla salute e all'ambiente naturale, hanno carattere diffuso, collettivo, poiché non appartengono a singoli individui in quanto tali ma alla collettività. La tutela contro la loro violazione assume caratteristiche del tutto particolari ed un'importanza ignota finora nella storia della civiltà e del Diritto*". Véase Cappelletti, M., "Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi", *In le azioni a tutela di interessi collettivi*, Padua, Cedam, 1976, pp. 192 y ss.

¹⁶⁵Los *intereses colectivos y difusos* deben ser comprendidos no como nuevos derechos, en el sentido de que hayan nacido contemporáneamente mediante la expresa referencia constitucional a la protección del medio ambiente, de la salud, del bienestar social, de los consumidores, en fin, de cualquier pretensión relacionada con la calidad de vida. *En realidad, estos intereses siempre han existido,- emergentes naturalmente del plano de la existencia/utilidad- dispersos en el contexto social.* Véase Venturi, E., *Processo civil coletivo*, São Paulo, Malheros, 2007, pp. 50 y ss.

un sujeto o grupo de sujetos, hasta el punto de convertirse en sus titulares. La titularidad como la preexistencia de una situación o acto jurídico que otorgue un título sobre el objeto del interés no es en absoluto importante en el caso de los intereses difusos. Lo relevante es la aparición de una relación o vínculo flexible con el bien o valor objeto del interés, relación que viene determinada por la pertenencia a la colectividad o comunidad política general: *los intereses difusos no tiene titular sino que se participa en ellos*¹⁶⁶.

Si se participa en el interés, será fácil admitir que el grado de adscripción o percepción del mismo no sea constante, sino variable, contingente, en cada individuo y en el grupo social en el que se manifieste. La titularidad de los derechos es un dato normativo que obedece a un código binario –se es o no titular, pero no son posibles formas de vinculación al derecho matizadas o variables–, mientras que el caso del interés difuso la percepción de cada individuo y en cada momento concreto del interés determinará también el grado y la intensidad de participación en el mismo. De ahí, que se sostenga que *no sólo la titularidad es difusa sino que el disfrute y la expresión del interés también los son*¹⁶⁷.

Esta negación de la titularidad y su difuminación junto a la del disfrute, permiten afirmar también el carácter *indisponible* del interés por parte de los sujetos que participan en el mismo. No son titulares de interés en sentido

¹⁶⁶Véase Cerri, A., “Interessi diffusi, interesse comuni, azione e difesa”, *Diritto e società*, I., 1979, pp. 84-86.

¹⁶⁷La *transindividualidad o supraindividualidad* representa la trascendencia individual de la titularidad de la pretensión subjetiva. Se trata de la principal característica que separa a los intereses difusos y colectivos de los derechos individuales, caracterizados por la apropiación exclusiva de la pretensión por parte de un único titular, aisladamente considerado. Se debe comprender que, al contrario, de lo que se podría imaginar, el derecho transindividual no representa la mera suma de fracciones ideales de derechos individuales. Los individuos integrantes de los grupos sociales titulares del derecho transindividual lo comparten de manera idéntica y en toda su integridad. Véase Mafra Leal, M.F., “Notas sobre la definición de intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos en el Código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica”, en Gidi, A. y Ferrer Mac-Gregor, E. (Coords.) *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, Porrúa, México, 2003, pp. 40-44..

estricto, es decir, no existe un vínculo normativo -como en el caso de los derechos subjetivos- con el bien o valor de vida que inspira el interés; de modo que, siendo una mera participación voluntaria, una percepción personal y libre, no se ve qué es lo que pudiera resultar disponible. Paralelamente, hay que entenderlos *indivisibles*¹⁶⁸, *inapropiables* por ningún miembro de la colectividad, ya que su generalidad les es esencial y lo determinante para calificarlos como tales es que aparecen referidos simultánea e indivisiblemente a múltiples sujetos¹⁶⁹.

De estas características –*no titularidad, indisponibilidad, indivisibilidad, inapropiabilidad*- se deriva uno de los aspectos más interesantes del fenómeno, y es la *imposibilidad* de adscripción del interés difuso, en su totalidad, a una sede jurídica o social concreta. El interés difuso fluye desde el entorno social hacia el jurídico, adquiere formas de expresión multiformes

¹⁶⁸Resulta necesario poner de manifiesto, que el *interés supraindividual* (colectivo o difuso) no es una posición de ventaja o relación jurídica única, cuya finalidad sea indivisible y solamente atribuible a la colectividad. El interés supraindividual, como realidad jurídica autónoma, si bien refleja una situación o aspiración común, esto es, compartida por un grupo de sujetos con relación a un mismo bien, está constituido en realidad por un conjunto de situaciones jurídico-subjetivas, cada una de las cuales es personal, referibles a sujetos concretos. Cada una de ellas, tiene su personal interés, una afección en su esfera jurídica protegida, por lo cual se les atribuye legitimación personal para demandar en defensa y tutela del mismo. La indivisibilidad se produce –materialmente- en la lesión del interés común de los afectados, así como en su satisfacción material (extraprocesal o procesal), pero no en el orden procesal de la legitimación, que es divisible y concurrente: *cualquier interesado puede pretender la tutela de su interés –su necesidad sobre ese bien- estando legitimado para ello*. Véase Gutiérrez, De Cabiedes, P, en Gidi, A. y Ferrer Mac-Gregor, E. (Coords.), *Código modelo de procesos colectivos*, Porrúa, México, 2008, pp. 24 y ss.

En cambio, una posición opuesta a la anterior, es aquella que acostumbra afirmar, que no son muchos ni indeterminados los titulares (sujetos de derecho) de los derechos difusos, colectivos o individuales homogéneos. Existe un único titular y muy bien determinado: una comunidad en el caso de derechos difusos, una colectividad en el caso de los derechos colectivos o una serie de víctimas indivisibles en el caso de derechos individuales homogéneos. Véase Gidi, A., “Derechos difusos, colectivos e individuales”, en Gidi, A. y Ferrer Mac-Gregor (Coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, Porrúa, México, 2003, pp. 25-38.

¹⁶⁹Evidentemente, la indivisibilidad material inherente a los intereses difusos acaba por traducirse en una indivisibilidad también en el plano procesal: no se puede tramitar procesos judiciales que, de cualquier forma, determinen tratamientos distintos a pretensiones ontológicamente indivisibles. Por ejemplo, una decisión judicial no podría establecer, sin herir la lógica y la naturaleza, la contaminación meramente parcial del medio ambiente, sea por la imposibilidad práctica, sea porque esto implicaría en la restricción de la fruición general del interés supraindividual. Véase Venturi, E., “Intereses o derechos difusos”, en Gidi, A. y Ferrer Mac-Gregor, E. (Coords.), *Código modelo de procesos colectivos*, Porrúa, México, 2008, pp. 13-16.

variables para expresarse jurídicamente, pero el contexto en que acaece, en que es como tal, es el social y no el jurídico o normativo¹⁷⁰.

De ahí, que la distinción entre intereses difusos y colectivos se ubica normalmente en el grado de individualización o concreción de los sujetos a los que el interés resulta referible. Cuando apunta a un conjunto de sujetos identificables, abarcable y de contornos nítidos, es decir, más o menos organizado, se está en presencia de un *interés colectivo*. Estos intereses encuentran un punto subjetivo de contacto que radica en las llamadas formaciones sociales o cuerpos intermedios y tienen de portavoz al ente exponencial de un grupo no ocasional, es decir, una estructura organizativa no limitada a una duración efímera o contingente, sino individualizable como componente sociológico concreto, dentro de la colectividad general¹⁷¹.

Los *intereses difusos*, por el contrario, no se refieren a colectividades delimitables sino a grupos o a colectividades que se encuentran en un estado fluido de contornos poco nítidos¹⁷². Se caracterizan por pertenecer idénticamente a una pluralidad de sujetos en cuanto integrantes de grupos, clases o categorías de personas, ligadas en virtud de la pretensión de goce, por parte de cada una de ellas. De forma tal, que la satisfacción de

¹⁷⁰Dato éste importante a la hora de analizar las posibilidades de reducción o absorción pública del interés difuso. Véase Peña Freire, A.M., *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Trotta, Madrid, 1997, pp. 176 y ss.

¹⁷¹El *interés colectivo* es más concreto e individualizado en tanto que aparece referido a una comunidad de personas genéricamente organizada e identificable. Véase Grasso, E., “Gli interessi della collettività e l’azione collettiva”, *Rivista de Diritto Processuale*, 1983, pp. 27-36. En el caso del interés colectivo el sujeto al que aparecen imputados los bienes a los que el interés se refiere es individualizado o individualizable, en la medida que aparece referido a colectividades o entidades con carácter permanente y vinculadas a la consecución de los fines que las caracterizan y que se encuentran asociados al interés de referencia. Véase Denti, V., *La giustizia civile*, Il Mulino, Bologna, 1989, pp. 113 y ss.

¹⁷²No falta, sin embargo, quienes entienden que la comprensión recíproca de ambas figuras es posible y apuntan a la posibilidad de que un interés difuso pueda presentarse como colectivo tras un proceso de sectorialización que termine por circunscribirlos a un determinado y no meramente ocasional grupo de personas. Véase González Cano, M.I., *La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 37 y ss.

fragmento o porción de interés que atañe a cada individuo se extiende por naturaleza a todos; del mismo modo que la lesión a cada uno afecta simultánea y globalmente a los integrantes del conjunto comunitario.

A su vez, los intereses difusos son titularizados por toda la sociedad, cuyos individuos son absolutamente indeterminados o indeterminables en la medida que no poseen entre sí o con la parte contraria ninguna relación jurídica. Los integrantes del interés difuso están vinculados entre sí únicamente en virtud de circunstancias fácticas. Por ejemplo, el hecho de que alguien sea consumidor de un determinado producto o servicio, el hecho de que alguien sea habitante de una cierta ciudad o región, el hecho de que alguien esté expuesto a publicidades engañosas o abusivas¹⁷³.

En cambio, los intereses colectivos pertenecen a un grupo formado por individuos perfectamente identificados e identificables en su composición, puesto que están vinculados entre sí o con el tercero causante de la afectación o lesión no sólo por circunstancias fácticas como también por concretas relaciones jurídico-formales¹⁷⁴ – ello hace que la comunidad de referencia del interés colectivo esté caracterizada por una mayor permanencia, a diferencia de la del interés difuso, que lo está más por las notas de mutabilidad u ocasionalidad¹⁷⁵.

¹⁷³ Como son indeterminados o indeterminables los miembros de la comunidad titular del interés difuso no es posible excluir a quien sea de la titularidad de esta pretensión debido a la existencia de un proceso absolutamente inclusivo. Véase Gutiérrez De Cabiedes, P., en Gidi, A. y Ferrer Mac-Gregor, E. (Coords.), *Código modelo de procesos colectivos*, Porrúa, México, 2008, pp. 18 y ss.

¹⁷⁴ La relación jurídica base que une a los individuos en una clase, grupo o categoría perfectamente distinguible, puede ser legal como contractual. Así, es posible referirse a pretensiones colectivas de la clase de los ingenieros, de los abogados, de los servidores públicos, de los usuarios contratantes de un determinado seguro de salud, etc.

¹⁷⁵ El criterio diferenciador entre ambos subtipos de interés supraindividual (colectivo o difuso), esto es, el de la vinculación de los miembros de la comunidad interesada, entre sí o con el causante de la lesión, va integrado realmente con otros que también caracterizan esas especies: *la determinación de los sujetos interesados y, normalmente su extensión*. Véase Gutiérrez De Cabiedes, P., *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 109-110.

Así también, si se toma en consideración que tras un interés legítimo existe una posición jurídica individual determinada, habrá que admitir que tras él pueda existir un interés difuso, es decir, una situación pluripersonal jurídicamente relevante y que se expresa frente a un poder administrativo en forma de interés legítimo. Asimismo, si se toma en consideración el contenido concreto que tenga cada interés difuso, esto es, los valores o bienes que lo motivan –como sería el interés ambiental, de consumo, etc.-, cabe la proyección y tutela de los intereses difusos frente a una Administración pública mediante la técnica del *interés legítimo: posición jurídico-subjetiva, flexible –vinculada a factores personales o sociales- y acorde a los valores y principios constitucionales*.

Cabe, finalmente, la distinción entre *intereses difusos y públicos*. Estos últimos aparecen vinculados subjetivamente a un titular determinado –normativamente vinculados a órganos o entidades administrativas establecidas con carácter permanente u ocasional para su tutela y gestión- y con un referente formal en lo que a su contenido se refiere, mientras que los difusos se encuentran en un estadio fluido, es decir, vendrían caracterizados por un mayor dinamismo o inestabilidad en los vínculos de imputación subjetiva. En consecuencia, éstos no podrán ser imputados de un modo preciso a nadie, ya que, se participa de ellos y no se es titular en estricto rigor. La fluidez del interés difuso, como incompatibilidad con formas de titularidad excluyentes, es consustancial al él. De este modo, si son imputados a un grupo se convertirán en intereses colectivos, y si son referidos a un organismo o poder público, en intereses públicos.

Además, los intereses difusos podrán entenderse referidos a bienes o valores sociales no considerados fines de interés público por la Administración y también será posible localizarlos en los márgenes de desviación irreductible que caracterizará la actuación de la Administración, la

cual no podrá en ningún caso asimilar el interés hasta el punto de abarcar y satisfacer absolutamente toda percepción o expresión del mismo¹⁷⁶.

6. Pluralidad de derechos particulares

Reviste especial importancia dogmática y práctica la diferenciación entre los intereses supraindividuales y lo que son en realidad *derechos individuales plurales homogéneos o conexos*¹⁷⁷. Éstos, a diferencia de aquéllos son verdaderos derechos individuales de sus titulares, pero que pueden existir en número plural y tener un origen fáctico común. (el mismo hecho –único- o hechos iguales o similares) y un contenido sustantivo homogéneo (igual o similar), por lo cual puede resultar necesario o muy conveniente darles un tratamiento procesal “colectivo”, es decir, que se les provea de formas de tutela conjunta en un mismo proceso¹⁷⁸.

La titularidad de estos derechos es de cada uno de los sujetos afectados, pudiendo cobrar aquí relevancia hechos materiales o consideraciones jurídicas que afecten y sean predicables sólo de alguno o algunos de esos

¹⁷⁶Hay que reiterar, que ni la más completa y perfecta gestión del bien al que se refiere un interés público determinado podrá evitar que se reproduzcan demandas sociales referidas a ese bien o inspiradas por ese valor. Estas demandas no constituyen sino una expresión de intereses difusos al margen del interés y no frente a él. Por ejemplo, en materia de medio ambiente: *los intereses cuya satisfacción se encomienda a la agencia administrativa serán intereses ambientales, pero el interés difuso ambiental seguirá expresándose socialmente junto al interés público ambiental*. Véase González Cano, M.I., *La protección de los intereses legítimos en el proceso administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 85 y ss.

¹⁷⁷Es preciso tener en cuenta esta diferenciación de naturaleza de estas distintas situaciones jurídicas porque existen notas que impiden asimilarlas plenamente, y cuya no apreciación, subyace en muchos de los equívocos apreciables en la literatura sobre la materia. Véase Montero Aroca, J., *La legitimación en el proceso civil (intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 62 y ss.

¹⁷⁸Y es que la situación fáctica y jurídica puede ser idéntica (por ejemplo, un grupo de funcionarios que tienen una pretensión de mejora retributiva) o no (comunidad de perjudicados por un producto defectuoso o una actividad contaminante), pudiendo provenir de un único hecho (que no tiene por qué provocar a su vez idénticas lesiones) o de hechos idénticos o similares, reiterados o producidos en serie (con idénticas, parecidas o análogas consecuencias) de los que se derive una responsabilidad contractual o extracontractual.

derechos, y por lo tanto, al *petitum* y la *causa pretendi* de la pretensión de tutela de los mismos. Y en cuanto a los resultados del enjuiciamiento, no se produce aquí *per se el efecto material difundido* del que puedan beneficiarse como algo automático o inmediato los demás interesados o afectados por el hecho ilícito¹⁷⁹.

Lo que sucede, es que pueden –y deben– hallarse y establecerse mecanismos procesales que posibiliten el *acceso a la justicia* y la *tutela efectiva de estos derechos en un mismo proceso*. Y es que estamos ante auténticos derechos individuales, pero el problema o conflicto fáctico y, por ende, jurídico, adquiere un alcance plural por encontrarse involucradas en él diversas o incluso multitud de personas, existiendo importantes y, a veces, graves obstáculos de acceso a la justicia de estos derechos de forma individual, aislada o atomizada, por lo cual puede darse a estos derechos un *tratamiento procesal conjunto*, que suele llamarse “*colectivo*”¹⁸⁰.

Esos obstáculos al acceso a la justicia son condicionamientos o barreras de índole tanto fáctica como jurídica. Entre ellos, se encuentran los económicos (tanto implícitos: desproporción o carácter regresivo de los gastos o costes procesales respecto al importe o beneficio de lo que individualmente podría obtenerse; como explícitos: límites pecuniarios expresamente fijados para poder reclamar), los culturales (deficiente información o ignorancia sobre los propios derechos, el lenguaje jurídico, etc.), e incluso, los psicológicos o sociológicos (temor o incertidumbre de ser

¹⁷⁹Como sí sucede con los intereses supraindividuales: por ejemplo, en la cesación de una publicidad ilícita que afecte a los consumidores o en la reparación de un bien ambiental contaminado.

¹⁸⁰Estos derechos individuales son “*accidentalmente colectivos*”, al contrario de los supraindividuales que son “*esencialmente colectivos*”. Véase Venturi, E., “conceptuación legal de los intereses o derechos difusos e individuales homogéneos”, en Gidi, A. y Ferrer Mac-Gregor, (Coords.), *Código modelo de procesos colectivos*, Porrúa, México, 2008, pp. 10-13.

vencido, de asumir protagonismo, desconfianza en la efectividad de los resultados)¹⁸¹.

Se habla así, de la divisibilidad de estos derechos, que son “*colectivos*” sólo en la forma de su ejercicio, no en su esencia, es decir, se trataría de la tutela colectiva de derechos individuales abarcada por la acción colectiva. A diferencia de los intereses supraindividuales, que se caracterizan por la indivisibilidad de la lesión del interés común de los afectados, así como en su satisfacción material (extraprocesal o procesal), pero no en el orden procesal de la legitimación, que es divisible y concurrente: cualquier interesado puede pretender la tutela de su interés –su necesidad sobre ese bien- estando legitimado para ello¹⁸².

El presupuesto que autoriza la protección colectiva de derechos individuales es su origen común. El origen común que hace viable la reunión de las pretensiones individuales en una única acción colectiva puede resultar de daños provenientes de cualquier hecho o acto (comisivos u omisivos) generadores de la responsabilidad civil, subjetiva u objetiva, por eventuales lesiones provocadas¹⁸³.

Así, siendo el origen común puede extraerse tanto de la responsabilidad civil resultante de las relaciones típicas de consumo (vicio del servicio o del producto colocado en el mercado que generan accidentes de consumo)

¹⁸¹Es suficiente que las distintas pretensiones individuales tengan génesis común para que en la intención de viabilizar e incentivar el acceso a la justicia, puedan ser deducidas a través de acciones colectivas. Véase Watanabe, K., “Acciones colectivas: cuidados necesarios para la correcta fijación de objeto litigioso del proceso”, en Gidi, A. y Ferrer Mac- Gregor, E., (Coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, Porrúa, México, 2003, pp. 10 y ss.

¹⁸²Cabe mencionar la opinión de *Pellegrini Grinover*, que diferencia los intereses colectivos y difusos de los “*intereses individuales homogéneos*” en base a la “*indivisibilidad*” o no del objeto del proceso en que se deduzcan. Véase Pellegrini Grinover, A., “Il nuovo processo brasiliano del consumatore”, *Rivista di Diritto Processuale*, N°4, 1991, pp. 1057-1073.

¹⁸³Véase ‘Gutiérrez De Cabiedes, P., “Intereses o derechos individuales homogéneos”, en Gidi, A. y Ferrer Mac-Gregor, E., (Coords.), *Código modelo procesos colectivos*, Porrúa, México, 2008, pp. 26-28.

cuanto de la responsabilidad derivada de relaciones de naturaleza diversa, como la ambiental (el derrame de sustancias tóxicas en el río o en el mar, perjudicando pescadores, habitantes de la ribera y turistas), la civil (resultante de infringirse el principio de la buena fe contractual), tributaria (el cobro de tributos creados o aumentados ilegal o inconstitucionalmente).

Como se puede percibir, basta que las distintas pretensiones individuales tengan génesis común para que en la intención de viabilizar e incentivar el acceso a la justicia, puedan ser deducidas a través de acciones colectivas: *“se trata de un interés que es colectivo sólo en la forma con la que es ejercido, no en su esencia. Un puñado de intereses individuales no se transforma en interés colectivo por el solo hecho de que el ejercicio sea colectivo. La esencia permanece individual”*¹⁸⁴.

7. Los intereses supraindividuales en la Unión Europea

La intervención más relevante de la Unión Europea en la defensa de los *intereses supraindividuales* ha sido en Derecho de consumo¹⁸⁵. También ha sido importante su intervención en Derecho laboral y, en particular, en la lucha contra la discriminación¹⁸⁶. Ahora, en el Derecho medioambiental, -otro de los grandes campos de actuación de la tutela colectiva-, la Unión Europea ha tenido una intervención intensa. Ha suscrito el Convenio de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa sobre *“El acceso a la*

¹⁸⁴Véase Venturi, E., “Intereses o derechos individuales homogéneos”, en Gidi, A. y Ferrer Mac-Gregor, E., (Coords.), *Código modelo procesos colectivos*, Porrúa, México, 2008, pp. 16-18.

¹⁸⁵Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, modificada por la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009.

¹⁸⁶Directiva 2000/43/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, sobre la igualdad de trato independientemente del origen racial o étnico; Directiva 2000/78/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación

información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales”, adoptado en la Conferencia Ministerial “*Medio Ambiente para Europa*”, celebrada en Aarhus (Dinamarca), el 25 de junio de 1998¹⁸⁷.

Se materializa así, en un contexto internacional, un principio contenido en la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, con arreglo al cual “*el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda*” y se pone de manifiesto la importancia de la *participación pública* como instrumento para mejorar la protección del medio ambiente.

Este Convenio, ratificado por la Comunidad Europea mediante Decisión del Consejo de 17 de febrero de 2005, ha marcado un hito decisivo en la regulación de los derechos de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia ambiental. En dicho contexto, la Unión Europea ha adoptado dos Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo con el fin de regular el acceso a la información y la participación pública en este ámbito¹⁸⁸. Asimismo, se halla en trámite una Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo sobre acceso a la justicia en materia de medio ambiente¹⁸⁹.

El Convenio de Aarhus sobre acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio

¹⁸⁷El texto oficial del Convenio puede encontrarse en la página oficial de la UNECE: <http://www.unece.org>.

¹⁸⁸Se hace referencia a las Directivas 2003/4/CE, relativa al acceso del público a la información medioambiental y 2003/35/CE, que establece medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y por la que se modifican, en lo que se refiere a la participación del público y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337/CE y 96/61/CE del Consejo.

¹⁸⁹COM (2003) 624 final, de 24 de octubre de 2003.

ambiente, constituye, un paso fundamental hacia la *democracia ambiental*,¹⁹⁰ a través de la articulación de los tres pilares, *información, participación y justicia*, con el objetivo de contribuir a la protección del derecho a un medio ambiente sano y saludable. Así, el Convenio de Aarhus aporta un nuevo enfoque a la protección del medio ambiente, al relacionar los derechos ambientales con los derechos humanos. En este sentido, el Convenio mejora los derechos del público a participar en la elaboración y en la aplicación de la política ambiental y concibe el desarrollo sostenible como un objetivo que sólo puede lograrse involucrando a todos los actores implicados en beneficio de las generaciones presentes y futuras -al igual que los tratados de derechos humanos, el Convenio de Aarhus tiene como fin garantizar los derechos de los particulares y no los de las partes entre sí-¹⁹¹.

El Convenio de Aarhus se inspira en tres principios básicos: la vinculación entre la protección del medio ambiente, el desarrollo sostenible y el goce de los derechos fundamentales; la necesaria transparencia de las Administraciones Públicas en la toma de decisiones y, en concreto, de aquéllas decisiones que puedan tener repercusiones apreciables en materia de medio ambiente; y, finalmente, el importante papel que pueden desempeñar en la protección del medio ambiente los ciudadanos, ciertas personas jurídicas sin ánimo de lucro y el sector privado en general.

¹⁹⁰Sobre el concepto de “*democracia ambiental*” véase Wates, J., “*The Aarhus Convention, a driving force for environmental democracy*”, en *Journal for European Environmental & Planning Law*, N° 2-1, 2005, pp. 2-11.

¹⁹¹Una buena muestra de la importancia de este Convenio se constata en las palabras del entonces Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi A. Annan: “*Aunque esté en el ámbito regional, la importancia del Convenio de Aarhus es global. Es con creces la elaboración más impresionante del principio 10 de la Declaración de Río, que pone énfasis en la necesidad de participación de los ciudadanos en los temas ambientales y en el acceso en la información sobre el medio ambiente en posesión de las autoridades públicas. Así, es la mayor iniciativa en el área de la democracia ambiental nunca tomada bajo los auspicios de las Naciones Unidas*”. Véase Alonso García, E., “Derechos humanos y medio ambiente”, en Lozano Cutanda, B., (Dir.), *Diccionario de derecho ambiental*, Iustel, Madrid, 2006, pp. 483-502.

El punto de partida es, entonces, la democracia participativa en materia de medio ambiente pues se considera que *“la transparencia del proceso de toma de decisiones garantiza un mayor apoyo del público”*. Asimismo, un mejor acceso a la información y una mayor participación del público en la toma de decisiones permite *“tomar mejores decisiones y aplicarlas más eficazmente”*, al tiempo que se contribuye a sensibilizar al público respecto de los problemas ambientales, a dar la posibilidad de expresar sus preocupaciones y ayudar a *“las autoridades públicas a tenerlas debidamente en cuenta”*¹⁹².

En este sentido, el Convenio de Aarhus es tan importante para los gobiernos, como para los ciudadanos y para las organizaciones ambientales no gubernamentales, constituyendo un desarrollo muy importante en la evolución del Derecho internacional del medio ambiente, por reconocer derechos directamente a favor de los particulares. El Convenio de Aarhus se centra en la relación entre público y gobiernos, en un contexto democrático y abre un nuevo proceso de participación pública en la elaboración y aplicación de las normas ambientales. Implica el reconocimiento expreso de derechos de los ciudadanos –derecho a la información, a la participación y a la justicia– para la realización del derecho a un medio ambiente adecuado para la salud y el bienestar e impone a los Estados la obligación de promover y garantizar estos derechos¹⁹³.

El objetivo del Convenio se establece en el artículo 1 en el que se dice que *“A fin de contribuir al derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente que permita garantizar su salud y bienestar, cada Parte garantizará los derechos de acceso a la*

¹⁹²Véase Cerrillo i Martínez, Agustí, *La transparencia administrativa: Unión Europea y medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 27 y ss.

¹⁹³Véase Jordano Fraga, J., *La protección a un medio ambiente adecuado*, Bosch, Barcelona, 1995, pp. 455 y ss.

información sobre el medio ambiente, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia medioambiental de conformidad con las disposiciones del presente Convenio". Para alcanzar dicho objetivo, el Convenio propone: garantizar el acceso del público a las informaciones sobre medio ambiente de que disponen las autoridades públicas; favorecer la participación del público en la toma de decisiones que tengan repercusiones sobre el medio ambiente, y ampliar las condiciones de acceso a la justicia en materia de medio ambiente¹⁹⁴.

El artículo 3 regula las disposiciones generales que se aplican a los tres derechos ambientales reconocidos por el Convenio de Aarhus. A este respecto, los Estados Parte deben adoptar las medidas legales, reglamentarias o de cualquier otro tipo necesarias, en particular, las medidas encaminadas a garantizar la compatibilidad de las disposiciones que dan efecto a la normativa del Convenio relativa a la información, la participación de público y el acceso a la justicia, así como las medidas de ejecución apropiadas, con el objeto de establecer y mantener un marco preciso, transparente y coherente a los efectos de aplicar las disposiciones del Convenio.

Asimismo, los Estados Parte deben procurar que los funcionarios y las autoridades ayuden al público para permitirle tener acceso a la información, participar más fácilmente en la toma de decisiones y recurrir a la justicia en materia medioambiental. También deben favorecer la educación ambiental del público y la sensibilización respecto de los problemas ambientales a fin de que se sepa cómo proceder para tener acceso a la información, participar en la toma de decisiones y recurrir a la justicia en materia ambiental. Cada

¹⁹⁴Véase Pigrau Solé, A., "Diez años del Convenio de Aarhus sobre acceso a la información, participación y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente" en Pigrau Solé, A., (Dir.), *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus*, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 21-78.

Parte debe conceder, además, el reconocimiento y el apoyo requerido a las asociaciones, organizaciones o grupos que tengan por objeto la protección del medio ambiente y procurará que su sistema jurídico nacional sea compatible con esta obligación¹⁹⁵.

El Convenio autoriza a los Estados Parte para aplicar o adoptar, en lugar de las medidas previstas por el Convenio, medidas que garanticen un acceso más amplio a la información, una mayor participación del público en la toma de decisiones y un acceso más amplio a la justicia en materia ambiental. Los Estados deben velar porque las personas que ejerzan sus derechos de conformidad con las disposiciones del Convenio no se vean en modo alguno penalizadas, perseguidas ni sometidas a medidas vejatorias por sus actos, a excepción del poder de los tribunales nacionales de imponer costas de una cuantía razonable al término de un procedimiento judicial.

Los derechos del público a acceder a la información, participación en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia ambiental se ejercerán sin discriminación fundada en la nacionalidad, la ciudadanía o el domicilio y, en el caso de una persona jurídica, sin discriminación por el lugar en que tenga su sede oficial o un centro efectivo de actividades¹⁹⁶.

En definitiva, el Convenio de Aarhus, en su afán de democratizar y hacer más transparentes las decisiones que afectan el medio ambiente, ha adoptado un papel dinamizador de las democracias de muchos Estados en Europa. Tales cambios, debe comportar un cambio cultural que ya empieza a ser visible en la actividad cotidiana de las Administraciones de los países de

¹⁹⁵Véase De Los Santos Gómez G., “El nuevo régimen jurídico de acceso a la información ambiental en la Unión Europea”, *Revista Aranzadi Derecho Ambiental*, N° 4, 2003, pp. 245-259.

¹⁹⁶Véase Yáñez Díaz, C., “El derecho a la información medioambiental: el Convenio de Aarhus y el Derecho español”, *Revista Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, N° 224, 2006, pp. 333-362.

la comunidad europea que, como España, están sujetos a normas comunitarias que abrieron ese camino hace algunos años¹⁹⁷.

8. Conclusión

En definitiva, se vislumbra, entonces, que las demandas referidas a *intereses de incidencia colectiva* responden a una exigencia de *participación* en la determinación del interés general. La formulación de este tipo de demandas no es sino una forma más de *expresión de participación*. Ahora, las demandas se orientan hacia formas de participación *puntuales* –como las que se llevan a cabo en los procedimientos administrativos, en los procesos judiciales, etc.–, *concretas* –en el sentido de vinculadas a un interés determinado frente a la abstracción de la participación en bloque- y alejadas de la generalidad y globalidad de la práctica legislativa y normativa

En efecto, las iniciativas supraindividuales actúan en campos sensibles que ponen en cuestión los valores dominantes y abren nuevas esferas de enfrentamiento que buscan su satisfacción a través de interpretaciones innovadoras que incorporan una nueva lectura de la jerarquía de intereses.

El reto consiste en encontrar un nuevo equilibrio cuando el ordenamiento jurídico no proporciona criterios suficientes sobre bienes e intereses respecto a los cuales no existe todavía un consenso social consolidado. Es decir, la protección de esos intereses pone de manifiesto la insuficiencia de los mecanismos procesales tradicionales y de la tutela jurisdiccional, y plantea el desafío de buscar nuevas *formas participativas* que permitan reformular y adaptar los conceptos y principios clásicos a estas nuevas realidades.

¹⁹⁷Véase Peñalver Cabre, A., “Nuevos instrumentos para la aplicación de la legislación ambiental ante la inactividad administrativa. De las acciones ciudadanas (*citizen suits*) al Convenio de Aarhus”, *Revista Administración Pública*, Nº 172, 2007, pp. 430-459.

Así, una tutela efectiva y no sólo nominal de los intereses supraindividuales requiere permitir y hasta estimular el “acceso” de los individuos y sus organizaciones, admitiendo una suerte de legitimación especial y amplia, para participar en los procedimientos decisionales, a fin de incluir y defender los diversos intereses que representan.

**CAPÍTULO II: LA PARTICIPACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: ARTÍCULOS 23.1 CE Y 105 CE**

Introducción

En el Estado Liberal de Derecho, la Administración fue configurada como una organización servicial cuyo objeto es la simple “*ejecución*” objetivo-jurídica de la ley, de tal modo que su función debía –teóricamente- limitarse a precisar en cada caso concreto supuestos ya definidos previamente con carácter general y abstracto por la ley en sentido formal, esto es, producto emanado del Parlamento. Y, en consecuencia, el control de la actividad administrativa se configuró fundamentalmente como un control de legalidad, como una fiscalización de naturaleza jurisdiccional, en la que el Derecho Administrativo continental –como es bien conocido- centró su atención, mediante el desarrollo y perfeccionamiento de técnicas garantistas de corte primordialmente individual¹⁹⁸.

En este contexto histórico, la articulación de la organización democrática del Estado conduce necesariamente a la organización autocrática de la Administración, en la medida en que sólo se permite configurar a la Administración como un simple y obediente instrumento en manos de los órganos políticos. Así, la organización administrativa autocrática ofrece las mayores garantías de que se imponga la voluntad del grupo popular más amplio, mientras que la organización administrativa democrática favorece la voluntad del grupo más reducido. Se cuestiona así el juego del principio democrático en la Administración, en tanto que puede constituir un factor perturbador de la eficacia organizativa en el cumplimiento del fin que justifica aquélla. En definitiva, se considera que el principio democrático no penetra en la propia estructura interna de la organización administrativa, sino que

¹⁹⁸En el Estado Liberal de Derecho los principios de legalidad y jerarquía, al lado de un sistema de justicia administrativa de carácter defensivo eran suficientes para garantizar la vinculación entre la actividad administrativa y la voluntad popular. Véase Miguel Macho, L., *Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios*, CEDCS, Barcelona, 1999, pp. 208 y ss.

justamente reclamaría una estructuración burocrática jerarquizada que garantice su subordinación a los órganos políticos del Estado¹⁹⁹.

Sin embargo, a partir de la segunda mitad del siglo XX, la expansión del intervencionismo administrativo dio lugar a la concentración del poder en el Ejecutivo y al protagonismo en todos los órdenes sociales y económicos de una omnipresente Administración dotada de amplios márgenes de discrecionalidad, que limitaban considerablemente su sujeción a la ley y, consiguientemente, al control jurisdiccional. En efecto, como ha señalado la doctrina, la sobrecarga de funciones y cometidos que el Estado social impone a la Administración conduce a que ésta en muchas ocasiones no cuente, en la materia concreta de que se trate, con una previa regulación legal o, más frecuentemente, con una regulación lo suficientemente detallada para enmarcar la actividad “*ejecutiva*” en sus términos tradicionales²⁰⁰.

Por esta razón, el principio de legalidad no permite ya legitimar la totalidad de la acción administrativa, sencillamente porque la programación legislativa, que es condición para el pleno juego de aquél, no se cumple ya en la realidad –si es que alguna vez se cumplió-. De este modo, la Administración opera con frecuencia con gran margen de discrecionalidad, con verdadera capacidad de opción y configuración, ponderando ella misma los bienes jurídicos en presencia, y sin que la tutela jurisdiccional pueda, debido a los límites intrínsecos a su función de fiscalización, proporcionar una solución a estas situaciones. Así, el mandato representativo –que constituye, junto a la opinión pública, el factor de legitimación en el Estado

¹⁹⁹La democracia se detiene en el umbral de la Administración y ésta ocupa el puesto relativamente independiente, relativamente autolegitimado que un día ocupara el monarca. Véase Castellà Andreu, J. M., “La participación ciudadana en la Administración Pública. (Estudio del artículo 105 a) de la Constitución)”, *Revista Vasca Administración Pública*, Nº 34, 1992, pp. 39-83.

²⁰⁰La Administración no se limita, como brazo del Estado, sólo a ejecutar mecánicamente la ley; sino que, por un lado, participa en la producción normativa, bien sea influyendo en las leyes o creando normas propias, y, por otro, la ejecución no es mecánica sino selectiva. Véase Nieto, A., “La vocación del Derecho administrativo de nuestro tiempo”, *Revista Administración Pública*, Nº 76, 1975, pp. 9-35.

Liberal de Derecho- se va haciendo progresivamente más abstracto y pierde contenido²⁰¹.

Y, en estas circunstancias, sería de una cándida ingenuidad pensar que las decisiones políticas, incluidas las locales, se adoptan y ejecutan sólo por los representantes políticos con la exclusiva ponderación del interés general. Por el contrario, en el proceso de adopción de las decisiones ejercen su influencia, en la medida de su fuerza, los llamados poderes fácticos o económicos, así como en su adopción y ejecución participan los aparatos burocráticos, haciendo valer, en su caso, sus intereses²⁰².

Debido a estas insuficiencias del principio de legalidad administrativa y con el de la democracia representativa para predeterminar la actuación administrativa, como es sobradamente conocido, desde finales de los años sesenta y, sobre todo, en la década de los setenta, época de la llamada “*euforia participativa*”, se extiende en las democracias occidentales la entonces llamada “política de movimientos”, vinculada al fenómeno del asociacionismo, que considera que no basta con elegir a unos representantes cada cuatro años para desentenderse de los asuntos públicos hasta las próximas elecciones; sino que la realización efectiva del principio democrático pasa necesariamente por una prolongación de la *participación de los ciudadanos* en las propias estructuras administrativas donde radican los poderes decisorios de facto, a una *participación en el proceso administrativo de toma de decisiones* y su control²⁰³.

²⁰¹La Administración debe considerarse no sólo habilitada sino incluso volcada a contar con un ámbito sustantivo propio de decisión –comprensivo de la determinación de lo que sea Derecho en el caso concreto-, debido a que es la pieza del poder público más idónea para ello en atención a la complejidad y variabilidad de la situaciones precisadas de regulación o resolución estatal. Véase Parejo Alfonso, L., *Crisis y renovación en el Derecho Público*, CEC, Madrid, 1991, pp. 62 y ss.

²⁰² Véase Sánchez Morón, M., “Elementos de la participación ciudadana”, *Revista Estudios de la Vida Local*, N° 221, 1984, pp. 37-46.

²⁰³Cualquiera que sea el contenido de lo social, su articulación tiene que ir unida a un proceso democrático, más complejo, ciertamente, que el de la simple democracia política. Así, cabe citar, que

Ahora bien, en el ordenamiento constitucional español, la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones de los asuntos públicos, no es una cuestión del todo resuelta. Una vez que se han asentado los partidos políticos y las instituciones representativas en la sociedad, lo que constituyó uno de los objetivos prioritarios del poder constituyente en 1978, reaparece una cuestión que había quedado un tanto relegada a una posición secundaria en el momento de la redacción de la norma fundamental: *cómo pueden los ciudadanos, personas físicas o jurídicas intervenir en un procedimiento o de alguna otra manera –expresando una opinión o planteamiento- con la intención de influir en una decisión pública actuando en calidad de ciudadano o en defensa de los intereses supraindividuales (colectivos y difusos) de un grupo o categoría de personas*²⁰⁴.

Esta interrogante, vista desde un enfoque jurídico-constitucional, se traduce en la pregunta acerca de los instrumentos incorporados en la Constitución o deducibles de sus principios que puedan propiciar este diálogo entre poderes públicos y ciudadanía²⁰⁵. Como es sabido, la Norma Fundamental estableció un modelo de democracia representativa, en concordancia con los modelos de los principales Estados de Europa occidental. Pero, además, a consecuencia de la época en que se elaboró y aprobó, preveía complementar (no sustituir) dicho modelo con una participación más activa de los ciudadanos en el ejercicio del poder público sobre todo en el ámbito de las Administraciones Públicas.

el Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa llega a aprobar la Recomendación núm. R (81) 18, relativa a la *participación ciudadana en los municipios*.

²⁰⁴Véase Pérez Luño, A.E., *Nuevos retos del Estado constitucional: valores, derechos y garantías*, Universidad de Alcalá, 2010, pp. 35-54.

²⁰⁵Este debate se plantea de forma actualizada con las posibilidades que abren los nuevos medios técnicos que facilitan el acercamiento de la Administración Pública a la sociedad. Véase Subirats i Humet, J., “Democracia, participación ciudadana y transformación social”, en Ahedo Gurrutxaga, I., y Ibarra, Güell, P., (Eds.), *Democracia participativa y desarrollo humano*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 23-35.

Un rápido repaso del texto constitucional permite avalar esta tesis de partida. En el plano de los principios fundamentales del sistema constitucional el artículo 9.2 CE encomienda a los poderes públicos “facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política”. En el listado de derechos y libertades se garantiza el derecho de acceso de los grupos sociales significativos a los medios de comunicación social de titularidad pública (artículo 20.3 CE), el derecho fundamental de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos y no sólo por medio de representantes sino también directamente (artículo 23.1 CE), el derecho de profesores y padres y, en su caso, los alumnos a intervenir en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos (artículo 27.7 CE), así como, entre los principios rectores de la política social y económica, la obligación de los poderes públicos de oír a las organizaciones de consumidores y usuarios, en los términos que la ley establezca (artículo 51.2 CE). En la regulación de la elaboración de las leyes se contempla la iniciativa popular para la presentación de proposiciones de ley (artículo 87.3 CE), mientras que el artículo 92 CE prevé también el referéndum consultivo para la adopción de decisiones políticas de especial trascendencia (aparte los supuestos relativos a la aprobación u modificación de algunos Estatutos de Autonomía), si bien siempre a propuesta del Presidente de Gobierno, previamente autorizada por el Congreso de los Diputados.

En el ámbito de la Administración Pública, se ordena la regulación por ley de la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten (artículo 105 a) CE) y el derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos (artículo 105 b) CE). El artículo 129.1 CE dispone que la ley establecerá las formas de participación de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte

directamente la calidad de la vida o al bienestar general, y el artículo 131.2 CE prevé también la constitución de un Consejo (Económico y Social) con participación de sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas. En fin, el artículo 140 reconoce el régimen de consejo abierto como sistema de gobierno y administración de algunos municipios.

A su vez, las apelaciones a principios y formas de participación de los ciudadanos se han reiterado en muchos textos infraconstitucionales, empezando por los Estatutos de Autonomía –una buena muestra de ello es el Estatuto de Autonomía de Cataluña). Lo mismo cabe decir, de algunas leyes administrativas generales, como la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (artículos 3.5, 84, 85 y 86) y la Ley de Bases del Régimen Local (artículos 69 a 72 y concordantes)²⁰⁶.

Como es de suponer, la *participación* como objeto de estudio puede ser enfocado desde distintas perspectivas metodológicas atendiendo a diferentes fines. Recordar que el objetivo general de este trabajo es abordar el *fenómeno de la participación en la Administración Pública como una manifestación o cauce de expresión de intereses supraindividuales*²⁰⁷. Y para ello, una vez realizado el correspondiente análisis jurídico de los intereses de incidencia colectiva, al presente capítulo le corresponde ofrecer un encaje jurídico y sistemático del *derecho constitucional fundamental a participar en*

²⁰⁶En definitiva, puede decirse que, en el plano normativo no faltan previsiones y reglas de participación ciudadana. Ahora, conviene diferenciar las normas –sobre todo las más generales y de principios- de la realidad. Pues pese, a lo expuesto, la experiencia de más de treinta años de democracia revela las dificultades, los límites y los resultados escasamente satisfactorios del modelo de participación. Véase Sánchez Morón, M., “Reflexiones sobre la participación del ciudadano en las funciones administrativas en el sistema constitucional español”, *Revista Catalana Dret Públic*, N° 37, 2008, pp. 223-245.

²⁰⁷Recordar que al capítulo I de este trabajo le corresponde el estudio de los intereses legítimos tanto individuales como colectivos.

los asuntos públicos –artículo 23.1 CE-, para luego concluir con el estudio de las importantes *instituciones de participación* en la Administración pública contenidas en el artículo 105 de la Constitución.

I. El derecho fundamental a participar en los asuntos públicos: artículo 23.1 CE

Quizás uno de los aspectos más dignos de ensalzar de la Constitución española de 1978, desde una perspectiva democrática, sea la llamada a la participación del individuo en los asuntos públicos contemplada en el artículo 23.1 CE. Evidentemente, la interpretación del artículo 23.1 CE no puede desconocer que dicho precepto es una proyección del *principio democrático participativo* que el constituyente consagra en los artículos 1.1 CE y 9.2 CE y una materialización del *principio de soberanía popular* que aparece igualmente en el artículo 1 del texto constitucional²⁰⁸.

Sin embargo, frente a los restantes preceptos antes apuntados en que se materializa el principio democrático participativo, el artículo 23.1 CE se encuentra ubicado en una rúbrica y cuenta con una estructura que le dotan de una operatividad y eficacia jurídica totalmente diferente²⁰⁹. En efecto, el artículo 23.1 consagra un *derecho fundamental*, lo que significa que es

²⁰⁸ Así lo ha constatado el propio Tribunal Constitucional al declarar que los derechos del artículo 23 “... encarnan la participación política de los ciudadanos en el sistema democrático, en conexión con los principios de soberanía del pueblo y del pluralismo político consagrados en el artículo 1 de la Constitución ...” (STC 71/1989, de 20 de abril).

²⁰⁹ De todas las referencias constitucionales a la participación ciudadana, sin duda la más relevante de todas ellas es la recogida en el artículo 23.1, por su configuración como *derecho fundamental* y por la protección jurídica derivada de tal condición.

La amplitud de la expresión “*participación en los asuntos públicos*”, así como su elevación a la categoría de derecho fundamental propugnada por el artículo 23 de la Constitución, ha dado pie a distintas interpretaciones doctrinales que han pretendido incluso otorgar al citado artículo un alcance general comprensivo de cualquier forma de participación ciudadana con independencia de la dimensión pública sobre la que recaiga.

generador de un haz de facultades jurídicamente susceptibles de ser reivindicadas inmediatamente ante los tribunales y cuenta con todo un conjunto de garantías propias de los derechos fundamentales (procedimiento particular de reforma, desarrollo por ley orgánica, reserva de ley y protección por el Tribunal Constitucional mediante recurso de amparo). Consecuentemente, su operatividad y eficacia no reside tan sólo en proyectarse con una fuerza principalmente interpretativa sobre el resto del ordenamiento, sino el conferir unos derechos subjetivos susceptibles de aplicación en sede jurisdiccional y, en su caso, ante el Tribunal Constitucional²¹⁰.

1. Concepto de participación.

Quienes han estudiado el concepto de *participación* han resaltado su carácter ambivalente e impreciso. En efecto, *participar* puede significar intervenir en los procesos políticos, pero también ser incluido en los órganos institucionales, corresponsabilizarse con el sistema político y perder libertad de acción.

Por lo pronto, se intentará un concepto genérico de participación, abstracción hecha de las distintas clasificaciones que el fenómeno puede adoptar: participación política, administrativa, social, económica, etc. A tal fin, se empezará de la concepción amplia de participación para ir delimitándola progresivamente.

La palabra *participar* tiene dos acepciones semánticas principales: la primera, tomar parte en un determinado acto o proceso; y la segunda, ser

²¹⁰Desde esta perspectiva, los problemas de interpretación de dicho precepto son principalmente aquellos destinados a acotar su alcance y contenido. Véase Reyes Pérez Alberdi, M., “Democracia y participación”, *Revista Catalana Dret Públic*, N° 37, 2008, pp. 343-370.

parte de una organización, grupo o comunidad²¹¹. Ambas acepciones se implican mutuamente, pero la primera es más estricta que la segunda. En efecto, de acuerdo con la segunda acepción, puede considerarse participación todo acto que se realice en virtud de la pertenencia a la comunidad local y, en suma, todo contacto entre el vecino y el gobierno local, como la mera petición de información. Ahora bien, este acto en que se participa ha de ser de carácter colectivo, definiendo, entonces, participación como el hecho para una persona de tomar parte en una acción colectiva y, especialmente, en un acto jurídico colectivo. Lo cual excluye de las formas participativas, las simples peticiones individuales y efectuadas *uti singulis* a las autoridades.

Para algunos autores, asimismo, el acto participativo ha de ser de carácter decisorio. Sin embargo, este último requisito restringe excesivamente las formas de participación ciudadana. Si así fuera, si la participación se redujera a participación personal y decisoria, se concluiría o bien que ésta no existe o que tiene un carácter puramente testimonial, limitándose al voto para la elección de los gobernantes, al referéndum y a la figura residual del Consejo abierto en el ámbito local. Y quedarían excluidas, a su vez, prácticamente todas las modalidades de participación administrativa, la cual no suele consistir en decidir, sino en *influir* en las decisiones²¹².

En consecuencia, el acto participativo puede ser de carácter decisorio o no (deliberativo, consultivo, de colaboración). Es decir, la participación no está interesada sólo en el momento decisorio sino también en el ejecutivo,

²¹¹Véase Cotta, M., “Il concetto di partecipazione: linee di un inquadramento teorico”, *Rivista italiana di scienza politica*, 1979, IX, pp. 193-227

²¹²Si bien la elección de los gobernantes mediante el voto es la forma de participación más importante en la democracia representativa no por ello puede convertirse en la única figura participativa. Véase Espadas Alcázar, M. A. y Alberich Nistal, T., *Ser parte y tomar parte (análisis y propuestas sobre asociacionismo y participación ciudadana en la ciudad de Jaén)*, Universidad de Jaén, España, 2010, pp. 15 y ss.

consultivo y de control de la Administración. En este sentido, la participación puede ser entendida como “*proceso comunicacional*”, como diálogo y negociación de los ciudadanos. Ahora bien, es en estas últimas figuras participativas de carácter no decisorio donde más probabilidades hay de que se produzca una crisis de la participación, en dos sentidos: la participación puede ser ineficaz o inútil al no producir una influencia real en la toma de decisiones; o puede ser manipulada por los poderes públicos, esto es, no controlada por los propios participantes. Lo importante, pues, es que exista influencia y control ciudadanos en la toma de decisiones públicas²¹³.

Por último, en cuanto al título con que se participa, es preciso distinguir todavía la participación *uti singulis*, esto es, en cuanto interesado en un procedimiento administrativo por ser titular de intereses o derechos propios y singulares; la participación *uti cives*, derivada de la condición de ciudadano; y la participación *uti socius*, esto es, como portador de intereses genéricos, colectivos o difusos. Sólo estas dos últimas modalidades se pueden considerar como verdadera *participación ciudadana*²¹⁴.

En definitiva, se puede concluir, que *participar es tomar parte en un acto, proceso o asunto colectivo, de carácter decisorio o no, siempre que los participantes tengan una influencia o control real sobre la toma de decisiones y actúen uti cives o uti socius*²¹⁵.

²¹³Véase Bettini, R., *La partecipazione amministrativa. Modelli italiani di partecipazione del cittadino alla pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1973, pp. 108 y ss.

²¹⁴Véase García De Enterría, E., “Principios y modalidades de participación ciudadana en la vida administrativa”, *Libro homenaje a Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, pp.441-442.

²¹⁵Véase Ibáñez Macías, A., *El derecho constitucional a participar y la participación ciudadana local*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2007, pp.38y ss.

2. Naturaleza jurídica

La Constitución española de 1978 reconoce en su artículo 23.1 el derecho de los ciudadanos a *“participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal”*²¹⁶.

Además, se trata de un *derecho constitucional de carácter fundamental*, cualesquiera sean los criterios formales o materiales que se adopte para su calificación. Y en cuanto a derecho fundamental, tiene una doble dimensión: *objetiva*- pues el derecho de participación política contribuye a la formación de la voluntad estatal- y *subjética*, pues consiste en un derecho subjetivo, esto es, un interés individual susceptible de tutela jurídica.

Asimismo, se trata de un *derecho de configuración legal*, por tanto, será la ley la que determine las formas o procedimientos y los requisitos o condiciones de ejercicio del derecho de participación. En palabras del

²¹⁶Dicho artículo constituye una novedad en el constitucionalismo histórico español, e incluso, con alguna salvedad, respecto de las demás constituciones europeas. En efecto, tan sólo la Constitución portuguesa dispone en el Capítulo II *“De los derechos, libertades y garantías de participación política”*, del Título Segundo *“De los derechos, libertades y garantías personales”*, de la Parte Primera *“De los derechos y deberes fundamentales”* que *“todos los ciudadanos tendrán derecho a tomar parte de la vida política y en la dirección de los asuntos públicos del país, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”* (artículo 48.1). Pero se trata de un derecho que no goza de las garantías constitucionales que cubren el artículo 23.1 CE, en especial, del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Un derecho similar se contempla en algunos tratados internacionales. Así, el artículo 22.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, dispone que *“toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”*. A su vez, el artículo 25 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, estipula que *“todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) votar y ser elegido en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores...”*. Por su parte, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, no recoge ningún derecho similar al contemplado en el artículo 23 CE. Tan solo su Protocolo Adicional de 20 de marzo de 1952, contempla en su artículo 3, un *“derecho a elecciones libres”* del siguiente tenor: *“Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto y en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo”*. Véase Cuesta López, V., *Participación directa e iniciativa legislativa de los ciudadanos en democracia constitucional*, Civitas, Madrid, 2008, pp. 83 y ss.

Tribunal Constitucional, esa denominación (*“derecho de configuración legal”*) significa lisa y llanamente que se habilita al legislador, desde la propia Constitución, para delimitar el ámbito del derecho, sin mellar su contenido esencial. El legislador debe respetar, a la hora de configurar el derecho, el llamado *“contenido esencial”* porque así lo impone el artículo 53.1 CE²¹⁷. Pero, además, debe respetar lo que el Tribunal Constitucional llama *“los límites objetivos del derecho”* (ATC/942/1985, fj.3), es decir, aquellos que vienen configurados por los propios preceptos constitucionales y que el legislador no puede modificar²¹⁸.

Entonces, para averiguar si una forma participativa está amparada por el artículo 23.1 CE, aquélla no sólo debe respetar su contenido esencial sino, además, los elementos objetivos que se deducen de éste. Así, la figura participativa de que se trate debe poder ser incluida en su *ámbito subjetivo* *“los ciudadanos”*; el *ámbito objetivo* *“los asuntos públicos”*, o en algunas de sus modalidades de ejercicio *“directa”* o *“por medio de representantes”*. Y cuando se trate de esta segunda modalidad participativa, debe cumplir los demás requisitos impuestos por el artículo 23.1 CE *“representantes elegidos libremente, en elecciones periódicas y por sufragio universal”*²¹⁹.

²¹⁷Artículo 53.1 CE *“Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutearán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a)”*.

²¹⁸Así, respecto de los límites o elementos objetivos del derecho de participación política, el TC ha dicho *“que los límites objetivos del derecho enunciado en este precepto, vienen dados por lo que aquí importa, por dos de los elementos del poder jurídico en él configurado”*. Véase Díez Picazo, L.M., *“Capítulo IV, de las garantías de las libertades y derechos fundamentales”*, en Alzaga Villaamil (Dir.), *Comentarios a la Constitución española*, Tomo IV, Edersa-Cortes Generales, Madrid, 1996, pp. 429-330.

²¹⁹Sólo las figuras participativas que respeten estos elementos objetivos podrán caer bajo el ámbito de protección del derecho. Además, el legislador debe respetar los límites objetivos que derivan de tratados internacionales sobre la materia ratificados por España. Como el artículo 3 del protocolo Adicional Número 1 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1952 (Instrumento de ratificación por España de 2 de noviembre de 1990, BOE de 12 de enero de 1991), el cual dispone *“las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo”*

3. Contenido esencial del derecho

Participar es tomar parte en algún tipo de actividad, lo que aplicado a los “asuntos públicos”, supone el acto de intervenir en los procesos de toma de decisiones, en aquel tipo de cuestiones comprendidas en lo que se denomina “asuntos públicos”²²⁰.

Varias acotaciones exige lo se acaba de decir a fin de precisar algo más el contenido de este precepto. En primer término, que esa intervención en procesos de toma de decisión tiene carácter puntual y no comprende el acto de integración personal en el órgano o estructura jurídica llamada a resolver, que es algo que se encuentra comprendido en el apartado 2 de este mismo artículo (“*derecho a acceder*”), con los contenidos y límites que dicho enunciado comprende²²¹.

De otro lado, la participación protegida por el artículo 23.1 CE es tan sólo aquella que tiene lugar mediante actos formalmente insertos en ámbitos y procedimientos explícitos de toma de decisión pública y no aquellos otros actos que, aunque mediata o indirectamente supongan en cierta medida un modo de participar en la vida pública, en cuanto tienen por objeto condicionar o influir en la acción de los poderes públicos, lo que en realidad representan es el ejercicio de otros derechos fundamentales que potencialmente pueden tener una indiscutible proyección pública (las libertades de expresión, reunión y asociación), pero que no pueden entenderse cubiertos por el artículo 23.1 CE so riesgo de ampliar innecesariamente su contenido a facultades

²²⁰Véase Aguilar De Luque, L. y González Ayala, M.D., “Artículo 23.1: El derecho a participar en los asuntos públicos”, en Alzaga Villaamil, O., (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo II, Edersa, Madrid, 1997, pp. 647-664.

²²¹Se debe tener en cuenta que existe una “*conexión inescindible*” entre el *derecho a participar en los asuntos públicos* (artículo 23.1 CE) y el *derecho de acceso a los cargos públicos de representación política* (artículo 23.2 CE) y que, en consecuencia, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en que se puede identificar elementos del contenido esencial del derecho de acceso a cargos representativos puede ser de utilidad a la hora de identificar los elementos que integran el contenido esencial del derecho a participar.

jurídicas que ya se encuentran protegidas por otros enunciados constitucionales.

En tercer lugar, cabe preguntarse si el mencionado derecho a participar comprende también el *derecho a no participar*, esto es, si en el ordenamiento constitucional español existe un cierto derecho a la *abstención*. La respuesta a esa pregunta implica en verdad contestar a varias cuestiones estrechamente conectadas entre sí: la hipotética existencia en el ordenamiento de un deber jurídico de participar, la posibilidad de entender que el derecho de participación, al igual que sucede con el derecho de asociación, tiene también un contenido negativo y, por último, el precisar qué alcance tiene en un sentido positivo el reconocimiento explícito en el texto constitucional del derecho de participación²²².

De la combinación de esa triple faceta de la cuestión, se puede entender que es inexcusable admitir un cierto contenido negativo del derecho a participar, lo que implica tanto que es plenamente legítimo desde una perspectiva constitucional preconizar la no participación en los asuntos públicos en cuanto libre opción política, como que no es posible compeler coactivamente a los individuos para que participen en la gestión pública. Sin embargo, parece igualmente claro que, en la medida que el texto constitucional contiene también una clara toma de posición a favor de la participación de la ciudadanía en la cosa pública, nada puede objetarse a aquel tipo de actuación del poder encaminada a propugnar la participación, siempre que tales actuaciones no lleguen a violentar el derecho a no participar en los términos indicados²²³.

²²²Véase Ibáñez Macías, A., *El derecho constitucional a participar y la participación ciudadana local*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2007, pp. 62 y ss.

²²³Véase López Guerra, L., “El derecho de participación del artículo 23.1 CE”, en *Derechos fundamentales y libertades públicas*, Vol. II, XIII Jornadas de Estudios de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1993, pp. 1169-1184.

En todo caso volviendo al intento de delimitar el contenido del derecho de participación (el interés jurídico protegido por éste o la imagen que de él se tiene en la conciencia social) o al menos algunos de los posibles elementos integrantes de dicho contenido esencial, se debe realizar una interpretación sistemática del precepto²²⁴.

Entre los principios y valores constitucionales desde los que interpretar el *derecho de participación*, estaría sin duda, el “*principio democrático*”, que se recoge expresamente en el artículo 1.1 CE (“*Estado democrático*”) y en el 1.2 CE (“*principio de soberanía popular*”). En efecto, la estrecha relación que existe entre la *democracia* y la *participación* parece evidente. Uno de los elementos esenciales de la democracia es, precisamente, la participación. Dicho de otro modo, y siguiendo uno de los criterios del Tribunal Constitucional (STC 11/1981), *el interés jurídico protegido por el derecho fundamental de participación es la democracia misma*. Por ello los valores superiores desde los que debe indagarse el contenido esencial del derecho a participar, deben ser aquellos relacionados con el principio democrático, esto es, la libertad, la igualdad y el pluralismo político²²⁵.

Llegados a este punto ya se pueden determinar los posibles elementos – o al menos algunos de ellos- del contenido esencial del derecho a participar en correspondencia con el principio democrático y con los valores superiores citados: la participación ha de ser leal expresión de la voluntad popular, libre, igual y plural.

A continuación se expone sucintamente el significado de cada uno de estos elementos.

²²⁴ Así lo ha dicho el Tribunal Constitucional respecto de un derecho íntimamente relacionado al derecho de participación, esto es, el *derecho de acceso a los cargos públicos* (STS 5/1983, de 4 de febrero).

²²⁵ Se excluye el valor *justicia*, pues, más que con la democracia parece enlazar con el concepto de *Estado de Derecho*. Véase Aragón Reyes, M., *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1991, pp.108 y ss.

A) Libre expresión de la voluntad

Puesto que la *participación* es la “soberanía puesta en práctica”, el primero de los elementos integrantes del contenido esencial del derecho pudiera ser lo que se llama el *respeto o lealtad a la libre expresión de la voluntad popular*, cuando el instituto participativo de que se trate permita expresar dicha voluntad. Este principio ha sido aplicado por el Tribunal Constitucional a la participación electoral, pero sería igual aplicable a formas de participación directa como el referéndum²²⁶.

B) La libertad de participación

En la Constitución española la *libertad* se manifiesta como valor superior (artículo 1.1 CE), como principio (artículo 9.2 CE) y como conjunto de derechos y libertades fundamentales. Más en concreto, en relación con el derecho de *participación política*, el artículo 23.1 CE habla de representantes “*libremente elegidos*”. Asimismo, se habla de sufragio “*libre*” en el artículo 68.1 CE (respecto de las elecciones al Congreso), en el artículo 69.2 CE (en relación con las elecciones al Senado) y en el artículo 140 CE (para las elecciones municipales).

Son relativamente escasas las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la libertad de participación, en relación con la copiosa jurisprudencia sobre el derecho a la igualdad en el acceso, ejercicio y permanencia en el cargo representativo. La razón habría que buscarla en que toda violación de la libertad de participación del representante (en los supuestos relacionados con el ejercicio del cargo público representativo) se traduce inmediatamente en una discriminación del sujeto afectado respecto de los demás representantes. En ambos casos (artículo 23.1 CE y 23.2 CE) se está ante

²²⁶Véase SSTC 71/1989, de 20 de abril, 119/1990, de 21 de junio y 157/1991, de 15 de julio.

derechos de configuración legal, la libertad de participación se concreta en una serie de derechos que la ley reconoce a los representantes y que forman parte del denominado *status* del cargo público representativo. La vulneración, restricción o impedimento de alguno de estos derechos no sólo lesiona la libertad de participación sino que entraña, como se ha dicho, una discriminación del sujeto afectado respecto de los demás miembros del órgano colegiado representativo (vulneración de la igualdad de participación). A ello hay que añadir que la inmensa mayoría de los pronunciamientos del Constitucional se han producido en relación con el segundo apartado del artículo 23 CE, que se refiere expresamente al derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos.

Para la doctrina constitucional, el artículo 23.2 CE no sólo garantiza el acceso o protege de un cese arbitrario a un cargo representativo, sino que garantiza que el ejercicio no sea mediatizado o perturbado, mediatización o perturbación que coincide, en gran medida, con el propio *status* del parlamentario (STC 30/1997, de 24 de febrero). En general, se puede decir, que el derecho de acceso a los cargos públicos implica el derecho al ejercicio de los mismos sin perturbaciones ilegítimas y sin restricciones innecesarias para el ejercicio de este derecho fundamental, ya que en otro caso la norma constitucional perdería toda su eficacia si, respetado el acceso a la función o cargo público en condiciones de igualdad, su ejercicio pudiera resultar mediatizado o impedido sin remedio jurídico (STC 161/1988, de 20 de septiembre).

La doctrina constitucional sobre el derecho al ejercicio del cargo sin perturbaciones ilegítimas, sería igualmente aplicable al ejercicio de los derechos de sufragio activo y pasivo. En este sentido, el artículo 5 de la Ley Orgánica 5/1985 dispone que *“nadie puede ser obligado o coaccionado bajo ningún pretexto en el ejercicio de su derecho de sufragio, ni a revelar su voto”*. Es más, el Tribunal Constitucional extiende la *libertad de participación*

al derecho a participar en los asuntos públicos, en relación con el desarrollo de la campaña electoral, que debe producirse sin coacciones de ningún tipo. En efecto, en la STC 139/1999, de 20 de julio, el Tribunal dice que *“los derechos de participación en los asuntos públicos (artículo 23.1 CE) y de acceso a los cargos públicos (artículo 23.2 CE) posee, no sólo un contenido prestacional y una función de garantía de institutos políticos, como el de la opinión pública libre, sino también un contenido de derecho de libertad, que se concreta, en la posibilidad constitucionalmente protegida de ofrecer a los ciudadanos, sin interferencias o intromisiones de los poderes públicos, los análisis de la realidad social, económica o política y las propuestas para transformarla que consideran oportunas”*.

C) La participación en condiciones de igualdad

La *igualdad* es el elemento esencial del derecho a participar más fácilmente identificable. En relación con el derecho a participar en los asuntos públicos y con el derecho a acceder a los cargos públicos, el Tribunal Constitucional ha empleado la igualdad generalmente en sentido formal y, en ocasiones, por ejemplo, en relación con las barreras electorales, en sentido material. El propio artículo 23.1 CE presupone implícitamente la igualdad de participación como elemento esencial del derecho, al atribuir la titularidad de la participación a *“los ciudadanos”* sin distinciones entre quienes pertenecen a un pueblo o a una comunidad política, es decir, es la equiparación de todos los ciudadanos dentro de un Estado democrático.²²⁷

Además, el artículo 23.1 CE contiene una especificación del derecho a la igualdad cuando ésta se refiere al *derecho de acceso* (derecho de sufragio pasivo), ejercicio y permanencia en el cargo público representativo. De tal

²²⁷Véase Trujillo, G., “El Estado y las Comunidades Autónomas ante la exigencia constitucional del voto igual”, *Revista Española Derecho Constitucional*, Vol. I, Nº 2, 1981, pp. 9-55.

manera, que cuando se alegue una discriminación en el derecho a acceder a los cargos públicos representativos, no será preciso invocar el artículo 14 CE²²⁸ bastando la mención del artículo 23.1 CE, salvo que se induzca algunas de las causas de discriminación expresamente prohibidas por aquella disposición.

D) Pluralismo político

De todos los posibles elementos que pudieran integrar el contenido esencial del derecho a participar quizás éste sea el más discutible. El *pluralismo político* en la Constitución española en el artículo 1.1 CE (el *pluralismo como valor superior*), en el artículo 6 CE (los partidos políticos expresan el pluralismo político) y en el artículo 20.3 CE (los medios públicos de comunicación social deben respetar el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas en España).

La primera cuestión que cabría preguntarse es si el pluralismo político constituye un valor o sólo un principio en la Constitución, cuestión de la que cabe derivar consecuencias jurídicas a la hora de interpretar el contenido esencial del derecho a participar. Si el pluralismo sólo es un principio puede ser entendido en su contenido mínimo: existencia y participación de al menos dos formaciones políticas. Vendría a prohibir únicamente la existencia de una sola opción política, esto es, la existencia de un régimen de partido único, incompatible con la idea de Estado democrático. En cambio, si se entiende como un valor o fin a perseguir y alcanzar por el Estado, entonces, habría que maximizar su contenido: el Estado debe propugnar la existencia y

²²⁸Artículo 14 CE: “*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”.

participación de la máxima diversidad posible de opciones y formaciones políticas²²⁹.

Al parecer la Constitución en su artículo 1.1 CE ha optado por considerar el pluralismo político como un *valor superior*²³⁰. Además, el Tribunal Constitucional ha calificado el pluralismo en consonancia con la Constitución, como un valor, en concreto, como uno de los valores esenciales que han de constituir el orden de la convivencia política (STC 9/1981, de 31 de marzo).

De algunas sentencias del Tribunal se puede deducir que para éste el *pluralismo* es un elemento esencial del derecho de acceso a los cargos públicos y por extensión, del derecho a participar. Pero, en cuanto al contenido de ese elemento esencial, la jurisprudencia constitucional parece contradictoria. Algunas veces, parece entender el pluralismo en su sentido más amplio –“*como mandato a los poderes públicos para que garanticen y respeten la mayor diversidad ideológica y política compatible con el sistema constitucional*”-, (STC 32/1985) y otras, cuando se refiere al sistema de elección por los ciudadanos de los miembros de los órganos colegiados representativos, lo entiende en su contenido mínimo –“*como existencia de a lo menos dos opciones políticas, por lo cual el pluralismo político sería compatible con un sistema electoral mayoritario*” (STC 217/1992).

²²⁹Véase Alexy, R. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *DOXA*, N° 5, 1988, pp. 299-310.

²³⁰Véase Pérez Calvo, A., *El Estado Constitucional español*, Editorial Reus, Madrid, 2009, pp. 149 y ss.

4. Ámbito objetivo del derecho: los “asuntos públicos”

4.1. La posición de la doctrina

La delimitación del ámbito del derecho a participar, es decir, de las formas participativas a incluir en el artículo 23.1 CE, es de suma importancia, ya que sólo aquellas susceptibles de ser encuadradas en el mismo revisten la protección propia de la norma, en especial, la posibilidad de protección del ejercicio del derecho en las vías de amparo judicial y de recurso de amparo constitucional.

Como se ha dicho, participar es tomar parte en un acto, proceso o asunto colectivo, de carácter decisorio o no, siempre que los participantes tengan una influencia o control real sobre la toma de decisiones y actúen *uti cives* o *uti socius*. Ahora, y a efectos del artículo 23.1 CE, se debe añadir que ese acto, proceso o asunto colectivo ha de ser de carácter público, pues así viene exigido por el citado precepto constitucional²³¹.

Pero, qué son los asuntos públicos. En la posición de la doctrina sobre el ámbito objetivo del derecho a participar, se distinguen dos corrientes: una interpretación amplia del concepto –teoría participativa de la democracia- y otra, más proclive a una interpretación restrictiva del término –teoría elitista competitiva-.

En la interpretación expansiva del concepto “asuntos públicos” destaca la opinión de Santamaría Pastor, quien extiende la participación en los asuntos públicos a la función jurisdiccional y a la organización administrativa, con lo que el artículo 23.1 CE aparece como la versión subjetivada del artículo 9.2 CE aun cuando se guarda de extender el ámbito del derecho a la esfera social. Para dicho autor, no se puede reducir el derecho de participación al

²³¹Véase Aguilar de Luque, L. y González Ayala, M.D., “artículo 23.1. El derecho a participar en los asuntos públicos”, en Alzaga Villaamil, O. (Dir), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo II, Edersa, Madrid, 1997, pp. 647-663.

derecho de sufragio y a las formas tradicionales de democracia directa o semidirecta de carácter estrictamente público²³².

Asimismo, la posición abierta que sostiene Sánchez Blanco se basa, primeramente, en la interpretación de los textos internacionales y constituciones de Derecho comparado, en concreto la de Portugal, en que expresiones como “*participación en el Gobierno*” o “*dirección de los asuntos públicos*” incluyen tanto el ámbito político como administrativo. En segundo lugar, se justifica en los debates constituyentes, en los que enmiendas contrarias a la constitucionalización del derecho o limitadoras del mismo fueron rechazadas. Por último, se sostiene en la interpretación sistemática y teleológica de la Norma Fundamental: muchos artículos como el 9.2 CE, 48 CE, 105 CE y 129 CE, además de las técnicas de organización de los grupos sociales, sirven al objetivo establecido en el Preámbulo de ir hacia “*una sociedad democrática avanzada*”²³³.

Por su parte, en la interpretación restrictiva del concepto “*asuntos públicos*” encontramos a Font i Llovet, para quien la participación del artículo 23.1 CE abarca la participación política ejercida de manera directa o a través de representantes en las instituciones políticas en todos los niveles –Estado, Comunidades Autónomas y entes locales- con la mediación básica de los partidos²³⁴. En el mismo sentido, Sánchez Morón considera que el derecho fundamental de participación hace referencia a la función de dirección política, la cual se ejerce fundamentalmente “*a través del derecho de sufragio para la elección de las Cámaras, lo que supone indirectamente, concurrir a la designación del Gobierno*”, que califica como participación política *stricto*

²³²Véase Santamaría Pastor, J.A., “Comentarios al artículo 23.1”, en Garrido Falla, F., (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Civitas, 2ª Edición, Madrid, 1985, pp. 443 y ss.

²³³Véase Sánchez Blanco, A., “Los derechos de participación, representación y de acceso a funciones y cargos públicos: la corrección de la unilateral perspectiva política”, en *La participación, Anuari de la Facultat de Dret*, Estudi General de Lleida, Barcelona, 1985, pp. 227-254.

²³⁴Véase Font i Llovet, T., “Algunas funciones de la idea de participación”, en *La participación. Anuari de la Facultat de Dret*, Estudi General de Lleida, Barcelona, 1985, pp. 255-265.

sensu, una noción de la que el Tribunal Constitución hará uso posteriormente, y subraya el carácter de desconfianza en la regulación de instituciones de democracia directa²³⁵.

En suma, los autores partidarios de una concepción amplia del término en cuestión han empleado los argumentos de la literalidad del precepto “*asuntos públicos*” y la interpretación sistemática de la Constitución, desde el artículo 9.2 CE y la voluntad del Preámbulo de establecer una “*sociedad democrática avanzada*”. La tendencia opuesta, en cambio, siguiendo la jurisprudencia constitucional, ha interpretado de manera restrictiva el ámbito del derecho a participar, ciñéndolo a la participación política y excluyendo la participación administrativa. Los argumentos para ello son la interpretación del artículo 23.1 CE desde los tratados internacionales, la voluntad del constituyente y la exégesis sistemática de la Constitución, pero en lugar de realizarla desde el artículo 9.2 CE o el Preámbulo, se aplica desde los artículos 1.1 CE y 1.2. CE.

4.2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha descartado la interpretación amplia del ámbito del artículo 23.1 CE. Éste no incluye la participación en la vida social a través de entes no públicos. Así, queda fuera del ámbito de aplicación del artículo 23.1 la participación en las Cajas de Ahorro, pues éstas no son entes públicos, sino entes sociales de interés público, así como la participación de los trabajadores en la empresa (artículo 129.2 CE). Como dice el Tribunal, “*en el apartado primero del artículo 23.1 CE, la Constitución no ha configurado un derecho “general” de participación, esto es, una cláusula abierta que permita cualificar como derecho*

²³⁵Véase Sánchez Morón, M., “El principio de participación en la Constitución”, *Revista Administración Pública*, N° 89, 1979, pp. 171-205.

fundamental a cualesquiera previsiones participativas que puedan incorporarse al ordenamiento. En nuestro Derecho no todo derecho de participación ha de ser siempre un derecho fundamental” (STC 212/1993).

En efecto, el Tribunal rechaza una interpretación meramente literal del término “asuntos públicos”. Dicha expresión aparece vaga y, a primera vista, podría llevar a una interpretación extensiva del ámbito tutelado por el derecho que incluyera cualquier participación en asuntos cuyo interés trascienda el ámbito de lo privado. Esta interpretación literalista de la expresión no es, desde luego, la única posible, y no parece tampoco la más adecuada cuando se examina el precepto en su conjunto y se conecta con otras normas constitucionales (STC 119/1995).

Asimismo, el Constitucional rechaza la interpretación que lleva a identificar los asuntos públicos con la participación en instituciones publicadas, ya sean políticas o administrativas. Así, la Sentencia 119/1995, de 17 de julio, señala que *“el hecho de que el artículo 23.1 CE garantice un derecho cuyo ejercicio requiere la intervención del legislador no puede significar, obviamente, que cualquier forma de participación en asuntos de interés social, económico, profesional, etc., prevista en la ley pase a integrarse en el ámbito constitucionalmente protegido por el mencionado precepto. La forma de razonar debe ser más bien la contraria: sólo cuando estamos en el ámbito de participación política a que se refiere el artículo 23.1 CE, la violación de una concreta forma de participación legalmente prevista puede traducirse en una violación del derecho fundamental”*.

Así, pues, el Tribunal Constitucional ciñe el ámbito del artículo 23.1 CE a la participación política, más en concreto, a la participación por medio de representantes, excluyendo la llamada representación de intereses.

En cuanto a los argumentos invocados por el Tribunal Constitucional:

- a) Los antecedentes parlamentarios: el Tribunal ha descartado analizar los antecedentes parlamentarios del artículo 23.1 CE, quizás porque de ellos no se puede deducir con claridad la intención del constituyente al respecto. En efecto, el artículo 23.1 CE del Anteproyecto de Constitución (BOCG 5 de enero de 1978), decía literalmente que *“todos los ciudadanos mayores de edad tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal”*. El único cambio que sufrió este precepto durante su tramitación consistió en la supresión de la expresión *“mayores de edad”*. Sin embargo, del debate parlamentario y, en concreto, de algunas enmiendas que pretendían reducir el ámbito del citado artículo únicamente a la participación política, se puede deducir, a *contrario sensu*, la intención del constituyente de ampliar la participación a otros ámbitos de lo público²³⁶.
- b) En relación a los tratados internacionales sobre la materia ratificados por España, éste fue, precisamente, el primero de los argumentos empleados por el Tribunal Constitucional para decantar el ámbito del artículo 23.1 CE hacia la participación política (STS 23/1984, de 20 de febrero). En efecto, el artículo 22.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, dispone que *“toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes*

²³⁶En efecto, en el Congreso se presentaron dos enmiendas, rechazadas ambas en el Informe de la Ponencia, con el propósito de restringir el ámbito de la participación. La primera, una enmienda a la totalidad, presentada por el señor Carro Martínez, del Grupo Parlamentario de Alianza Popular, en la que se proponía la siguiente redacción del artículo 23.1 CE *“Todos los ciudadanos mayores de edad tienen el derecho de sufragio activo y pasivo en la forma determinada en las leyes”* –se limitaba la participación al derecho de sufragio-. La segunda, de otro diputado del mismo grupo parlamentario, señor Fernández de la Mora, proponía la supresión del artículo 23.1 CE, por ser reiterativo con otros preceptos constitucionales, en concreto, los relativos a las elecciones al Congreso (artículo 59 CE) y a las Asambleas legislativas de las CCAA (artículo 133 CE).

libremente elegidos”. Por su parte, el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, estipula que *“todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades. a) participar en la dirección de los asuntos públicos directamente o por medio de representantes libremente elegidos, b) votar y ser elegido en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores...”*. Puede apreciarse que el Tribunal no realiza exégesis de los preceptos de Derecho internacional transcritos. Las expresiones *“gobierno de su país”* y *“dirección de los asuntos públicos”* *“muestran la puntual conexión con la esfera del poder ejecutivo; en un caso con la intermediación de la idea de “gobierno”, vinculada de modo inevitable a actividades ejecutivas con muy preciso grado de concreción orgánica y, en el segundo caso, conectado con la idea de “dirección”, que también denota vinculación a la línea ejecutiva con conexión con la responsabilidad última de un órgano administrativo con competencias propias e irrenunciables”*. En definitiva, de los textos internacionales reseñados no se puede concluir claramente que el artículo 23.1 CE aluda exclusivamente a lo estrictamente político²³⁷.

- c) El Tribunal Constitucional interpreta el artículo 23.1 CE desde el artículo 1.1 CE (Estado democrático) y 1.2 CE (el principio de soberanía popular) en diversas sentencias (SSTC 23/1984 y 51/1984, entre otras). En consecuencia, el citado artículo se refiere

²³⁷Véase López Guerra, L. “El derecho de participación del artículo 23.1 CE”, *Los derechos fundamentales y libertades públicas*, XIII Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1993, pp. 1169-1184.

a la participación política, es decir, a una “*manifestación de la soberanía popular*”.

Sin embargo, esta interpretación no deja de generar ciertas dudas, en primer lugar, el Constitucional se basa en el principio democrático y en la soberanía popular para limitar el artículo 23.1 CE a la participación política, pero, precisamente, la invocación del principio democrático como participación de los ciudadanos en todos los asuntos públicos que les atañan, debería servir para ampliar y no para restringir el ámbito del articulado²³⁸. Por tanto, la soberanía popular se ejercita no sólo mediante el ejercicio de los derechos de sufragio activo y pasivo en elecciones periódicas, o mediante el voto en un referéndum ocasional, también mediante el ejercicio de otros derechos como los de reunión, asociación, sindicación y huelga o mediante las fórmulas participativas del artículo 105 a) CE.

En segundo lugar, la interpretación sistemática que pretende realizar el Tribunal Constitucional no es completa, sino una interpretación más bien parcial y sesgada de la Constitución, por cuanto no tiene en cuenta otros preceptos constitucionales de gran relevancia para determinar el concepto de los asuntos públicos, como por ejemplo, la cláusula del “*Estado social*” del artículo 1.1 CE y el artículo 9.2 CE, en cuanto mandato a los poderes públicos de facilitar la *participación*, así como la voluntad del Preámbulo de “*establecer una sociedad democrática avanzada*”²³⁹. Una auténtica

²³⁸El principio democrático y el de soberanía popular llevarían a la inclusión de la participación política en el artículo 23.1 CE, pero no necesariamente a la exclusión de la administrativa. Véase Aguilar de Luque, L., “Artículo 23”, *Comentarios a las leyes políticas*, Tomo II, Edersa, Madrid, 1984, pp. 655-668.

²³⁹No se entiende por qué el Tribunal Constitucional no relaciona el artículo 23.1 CE con el artículo 9.2 CE. Antes al contrario, el Alto Tribunal desvincula expresamente ambos preceptos, sin apercibirse de que el artículo 9.2 CE hace referencia, entre otros ámbitos, a la vida política.

interpretación sistemática de la Constitución hubiera permitido integrar en el ámbito objetivo del derecho a participar tanto la *participación política* como la *administrativa*.

- d) Por último, el argumento más decisivo entre los empleados por el Tribunal Constitucional para hacer derivar el artículo 23.1 CE hacia la participación política es el estudio de los requisitos del artículo, en concreto en cuanto a su titularidad “los ciudadanos” y en cuanto a los requisitos de la participación representativa “sufragio universal”. Estos argumentos son expuestos por el Tribunal en el Auto 942/1985, de 18 de diciembre: *“en nuestro Derecho, sobre la base del artículo 23.1 no todo derecho de participación ha de ser siempre un derecho fundamental. Los límites objetivos del derecho enunciado en este precepto, vienen dados, por dos elementos del poder jurídico en él configurado. En primer lugar, por sus titulares (“los ciudadanos”), de tal modo, que la situación subjetiva así reconocida lo es uti cives y no a favor de cualquier categoría de personas. En segundo lugar, complementariamente, por el contenido del mismo de la situación jurídica subjetiva enunciada que, dejando de lado la participación directa, irrelevante para el supuesto actual, se enuncia como derecho a participar “por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal”.*

Ahora bien, el artículo 23.1 CE sólo exige “*sufragio universal*” para la participación por medio de “*representantes*”, por lo que, en principio, dicho requisito no sería extensible a la participación “*directa*”, con lo que nada impide que junto a formas de participación política (esto es, sufragio universal) se puedan incluir

algunas formas tradicionalmente consideradas de participación administrativa dentro de esta última modalidad²⁴⁰.

4.3. El gobierno y dirección de los “asuntos públicos”

Como se ha sostenido, la participación por medio de representantes al requerir sufragio universal, no puede ser sino participación política en sentido estricto, esto es, expresión de la voluntad general, excluyéndose de su ámbito la representación de intereses: o dicho de otro modo, toda forma de participación administrativa que se realice a través de órganos (participación orgánica) representativos de intereses sectoriales, económicos, corporativos, profesionales, etc.

Sin embargo, queda por delimitar si la participación “directa” es también exclusivamente “política” o si incluye, además, formas de participación “administrativa”. Es decir, queda por determinar a qué “asuntos públicos” se refiere la participación directa. Para indagar en ello, se debe tener en cuenta básicamente dos criterios que constituyen otros tantos elementos objetivos del precepto: a) criterio subjetivo, los titulares del derecho a participar “los ciudadanos” y b) el criterio objetivo: “la participación en el gobierno o dirección de los asuntos públicos”.

En cuanto al criterio objetivo, esto es, la participación en el gobierno y dirección de los asuntos públicos, el Tribunal Constitucional se pronuncia al decir que *“la participación en los asuntos públicos a que se refiere el artículo 23, es en primera línea la que se realiza al elegir los miembros de las Cortes Generales, que son representantes del pueblo, según el artículo 66 de la*

²⁴⁰En suma, esta interpretación restrictiva del ámbito del artículo 23.1 CE que efectúa el Tribunal Constitucional contrasta con la amplitud dada a otros derechos fundamentales y, en concreto, al derecho a acceder a funciones y cargos públicos. Véase Sánchez Morón, M., “Artículo 23.2: El derecho a acceder a funciones y cargos públicos”, en Alzaga Villaamil, O., (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1997, pp. 665-679.

Constitución, y puede entenderse asimismo que abarca también la participación en el gobierno de las Entidades en que el Estado se organiza territorialmente, de acuerdo con el artículo 137 de la Constitución” (SSTC 51/1984 y 119/1995)²⁴¹.

De acuerdo con esto, conviene indagar qué es la actividad directiva o de gobierno y en qué se diferencia de la actividad administrativa. La distinción entre actividad de gobierno y actividad administrativa es una vieja cuestión que no admite una respuesta simple. De acuerdo con algunos autores²⁴², la nota distintiva de la actividad de gobierno es la *libertad*, considera la actividad de gobierno como “*actividad libre en los fines, es decir, no vinculada a los fines establecidos por otros sujetos y en los contenidos, esto es, en la elección de los fines y, a veces, también en las formas, o sea en los modos de su desarrollo: en contraposición, precisamente, con la actividad administrativa, la cual, por el contrario, se desarrolla en relación con fines prefijados a ella (prevalentemente por la ley) y está normalmente vinculada incluso en sus formas*”.

La característica más relevante de la actividad de gobierno sea la *libertad en los fines*, o dicho desde un punto de vista positivo, la posibilidad de determinación de los fines, que expresa mejor el valor creativo de la actividad política. Lo esencial de la actividad política, en efecto, está en “*ser o en poder ser y, sobre todo, en querer ser actividad de fijación y de invención de fines*”. Ahora bien, esta libertad en los fines no significa que la actividad de gobierno se sitúe al margen del ordenamiento jurídico, es decir, esta

²⁴¹Véase Esparza Martínez, B., *La participación política como derecho fundamental en la Constitución de España y de Europa*, Editorial Porrúa, México, 2008, pp. 44 y ss.

²⁴²Véase Nigro, M., “Lineamenti generali”, en Giuliano Amato y Augusto Barbera (a cura di): *Manuale di diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1984, pp. 895 y ss.

actividad, en su desarrollo no está condicionada a la ejecución de directrices superiores, pero debe respetar, obviamente, el ordenamiento jurídico²⁴³.

La actividad típica de gobierno es llamada *“indirizzo político”*²⁴⁴ en la doctrina italiana y *“dirección política”* en la española. Los elementos fundamentales de la noción de indirizzo son: 1) la presencia de una actividad libre (se excluye, por tanto, la actividad enteramente vinculada a la categoría normativa); 2) un proceso decisonal que termina en una elección; 3) el contenido de la elección, que debe consistir en la determinación de una regla general sobre la sucesiva acción de los poderes públicos y no en una decisión episódica y autoejecutiva²⁴⁵.

Una vez definida la actividad directiva o de gobierno, la actividad administrativa queda definida por contraste, como actividad que, en principio, no es libre ni en sus fines, ni en su contenido, ni en sus formas ni en su génesis y que consiste, básicamente, en la *“aplicación de una decisión ya efectuada”*. En este sentido, se enuncia como caracteres de la actividad administrativa: a) una actividad de impulso externa (del gobierno con sus directrices y acuerdos de la ley con sus reglamentos de ejecución, que también pasan por el tamiz gubernamental, del ciudadano con sus peticiones fundadas en derecho); b) totalmente regulada (en su procedimiento y en sus fines); c) no discrecional (con excepciones) y, d) fiscalizable judicialmente²⁴⁶.

Sin embargo, la diferencia entre actividad directiva y administrativa a veces se diluye, sobre todo cuando esta última es de carácter discrecional. Mientras que la actividad de gobierno es una actividad de iniciativa e

²⁴³Véase Tornos Mas, J., “Funzione di governo e funzione amministrativa”, en Rolla Giancarlo, *Le forme di governo nei moderni ordinamenti policentrici. Tendenze e prospettive nell’esperienza costituzionale italiana e spagnola*, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 59 y ss.

²⁴⁴Véase Picozza, E., *L’attività di indirizzo della pubblica amministrazione*, Padova, CEDAM, 1988, pp. 60 y ss.

²⁴⁵Aunque el elemento esencial de la noción de indirizzo es *“su potencialidad de determinar reglas (y por consiguiente también fines) de la actividad libre”*.

²⁴⁶Véase García Fernández, J., *El Gobierno en acción*, BOE-CEC, Madrid, 1995, pp. 147 y ss.

impulso, de determinación de fines; la actividad administrativa discrecional es de impulso externo y no es libre en sus fines, aunque consiste en escoger entre varias opciones. Esta diferencia parece esencial, pero en la práctica plantea enormes dificultades de distinción, sobre todo cuando ambas actividades pueden ser desarrolladas por un mismo órgano²⁴⁷.

5. La participación directa

5.1. Concepto de “participación directa”

El concepto de participación “*directa*” del artículo 23.1 CE puede tener diversos significados. Desde la más amplia a la más restringida, es posible distinguir al menos cinco acepciones del concepto.

A) Primera acepción: participación no a través de representantes elegidos por sufragio universal para integrar órganos públicos.

De acuerdo con esta noción, que es la más amplia de las posibles, sería participación directa todo lo que no fuera participación a través de representantes elegidos por sufragio universal. Por lo tanto, en el artículo 23.1 CE estarían comprendidos todos los cauces participativos formales que fueran diferentes a la integración de órganos mediante sufragio universal. Incluiría incluso la participación mediante la integración de órganos públicos a través de la elección de representantes de asociaciones u organizaciones de intereses. Es decir, abarcaría la llamada “*participación institucional*” del artículo 129.1 CE (participación de los interesados en la Seguridad Social y otros organismos públicos). Entre estas formas, se pueden mencionar:

²⁴⁷Véase Saíz Arnaiz, A., “Los actos políticos del Gobierno en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista Administración Pública*, N° 134, 1994, pp. 225-251.

participación de la juventud (artículo 48 CE), peticiones a las Cámaras (artículo 77 CE), iniciativa legislativa popular (artículo 87.3 CE), participación a través de referéndum, participación en la Administración (artículo 105 CE)²⁴⁸.

A su vez, cuando el artículo 23.1 CE especifica la participación a través de representantes, pareciera que se refiere a representantes elegidos por sufragio universal, por tanto, hace constar su voluntad de excluir otro tipo de representantes electos, en concreto, los elegidos por organizaciones de intereses para que integren órganos públicos (representación de intereses). Parece clara la voluntad del constituyente de excluir este tipo de participación del ámbito del artículo 23.1 CE.

B) Segunda acepción: participación no a través de representantes elegidos para integrar órganos públicos.

De acuerdo con esta segunda acepción, algo más restringida, se excluye del concepto participación directa aquella representativa orgánica, pero no la representativa funcional, a través de asociaciones u otras organizaciones de intereses. Por tanto, sólo se excluiría del concepto de participación directa la que tiene lugar en órganos colegiados de carácter público integrados no de forma directa por los ciudadanos sino por representantes, ya sean estos elegidos por sufragio universal (representación política amparada por el artículo 23.1 CE) o ya sea elegidos de entre asociaciones u organizaciones de intereses (representación de intereses, no amparada por el artículo 23.1 CE).

²⁴⁸Obviamente, se debe descartar la *participación en la empresa* por no responder a una participación en los “*asuntos públicos*”. Véase Ruíz-Rico Ruíz, G., “Aspectos constitucionales de la participación en el ámbito constitucional en el Estado social”, *Los derechos fundamentales y libertades públicas*, II, Vol. II, XII Jornadas de Estudio, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1471 y ss.

Entonces, la participación directa comprendería la participación orgánica no representativa (Concejo Abierto, asambleas territoriales de barrios o distritos) y la participación funcional que el ciudadano realiza ya sea personalmente o a través de sus asociaciones y organizaciones.

Es decir, con carácter general, todos los autores que han adoptado un concepto amplio de “*asuntos públicos*”, integrando en el mismo la participación administrativa y, en especial, el artículo 105 a) CE (sin distinguir si la audiencia es directa o a través de organizaciones y asociaciones), comulgan del mismo concepto amplio de “*participación directa*”²⁴⁹.

En definitiva, esta segunda acepción del concepto de participación directa sí tendría cabida en el artículo 23.1 CE. Podría objetarse que si la Constitución especifica que la participación por medio de representantes se refiere a los “*libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal*”, excluye cualquier otro tipo de representantes, como las asociaciones y organizaciones de intereses, aunque éstas no se integren en organismos públicos. Por tanto, la participación sería personal sin ningún tipo de intermediarios. Sin embargo, parece ser que el precepto en cuestión está haciendo referencia a representantes electos integrados en órganos públicos, exigiendo el sufragio universal para excluir la representación orgánica de intereses no para excluir otros intermediarios no públicos, como las asociaciones.

No obstante, esta interpretación amplia del concepto de participación directa plantea algunas dificultades, como la necesidad de reconocer, en relación con determinadas formas participativas, el derecho a participar no sólo a los ciudadanos individualmente considerados, sino también asociados,

²⁴⁹Santamaría Pastor considera que ambas modalidades, participación directa y por medio de representantes hacen referencia a una participación política en sentido estricto. En cambio, la participación administrativa estaría comprendida dentro del concepto “asuntos públicos”. Véase Santamaría Pastor, J.A., “Comentario al artículo 23.1 CE”, en Garrido Falla, F. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Civitas, 2ª Edición, Madrid, 1985, pp. 444-445.

esto es, tanto a las personas físicas como a las jurídicas. En efecto, la participación a través de asociaciones se convierte en participación directa de las asociaciones (en concurrencia con los individuos) en los asuntos públicos.

C) Tercera acepción: participación personal sin ningún tipo de intermediarios

Una tercera acepción entiende por participación directa la intervención personal de los ciudadanos sin ningún tipo de intermediarios (no sólo los representantes públicos electos, tampoco los partidos y asociaciones particulares de diversa índole) en el proceso de toma de decisiones. De acuerdo a ello, la participación sólo puede ser individual, no asociativa. La participación directa consiste en aquellos casos en que se toma parte de manera inmediata, sin ninguna clase de intermediarios en determinadas decisiones de la colectividad (en cuanto colectivo al que afecten).

Esta acepción admitiría, dentro del ámbito del artículo 23.1 CE formas de democracia participativa (la iniciativa legislativa popular y el derecho de petición) y formas de participación administrativa, pero sólo aquellas en que el individuo interviene personalmente. De este modo, se admitiría la audiencia directa de los ciudadanos en el proceso de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten, pero no la que se realiza a través de las asociaciones y organizaciones reconocidas por la ley (artículo 105 a) CE). Se admitiría la iniciativa individual o colectiva (a través de un determinado número de firmas) para la elaboración de tales disposiciones administrativas o acuerdos, pero no la iniciativa asociativa.

Se trata, por tanto, de una interpretación sesgada, propia del primer liberalismo individualista, pero no del vigente Estado social, donde se

garantiza como fundamental el derecho de asociación (artículo 22 CE) y la libertad sindical (artículo 28.1 CE) y donde se reconocen expresamente a nivel constitucional diversas asociaciones, como los partidos políticos (artículo 6 CE), los sindicatos de trabajadores y asociaciones profesionales (artículo 7 CE) y las organizaciones de consumidores (artículo 51.2 CE).

D) Cuarta acepción: participación personal, sin intermediarios, mediante el ejercicio del sufragio universal

Esta acepción no más que una modalidad más restringida de la anterior. En este caso, se entiende por participación directa la participación política en sentido estricto, esto es, la que es expresión de la voluntad general y, en consecuencia, exigiría el sufragio universal. Es el concepto de participación directa recogido, por ejemplo, en el artículo 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: *“La Ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de participar personalmente o por medio de sus representantes en su formación”*.

En términos generales, la doctrina que entiende que el ámbito del artículo 23.1 CE se refiere exclusivamente a la participación política, viene a extender esa misma conclusión a la participación directa. Así, entre las formas de participación directa suelen incluirse el referéndum y la iniciativa legislativa popular. Se trata de una interpretación estricta de la participación directa propia del Estado liberal y, por ello, difícilmente aplicable, sin mayores adaptaciones, a las nuevas exigencias participativas del Estado social²⁵⁰.

²⁵⁰ Véase Lucas Verdú, P., “Constitución española de 1978 y sociedad democrática avanzada”, *Revista Derecho Político*, N° 10, 1981, pp. 7-45.

E) Quinta acepción: participación personal, sin intermediarios, mediante el ejercicio del sufragio universal en actos de carácter decisorio.

Una acepción todavía más restringida de la participación directa exige, además del sufragio universal, el carácter decisorio y no meramente consultivo de la participación. Es decir, la participación directa no consiste en influir en la toma de decisiones sino en adoptar las decisiones personalmente. En este sentido, sólo se pueden incluir entre las formas participativas directas, el Concejo Abierto (artículo 140 CE) y algunas modalidades de referéndum, como los de iniciativa autonómica (artículo 151.1 CE), de reforma de los estatutos de Autonomía (artículo 152.2 CE) o de reforma constitucional (artículos 167.3 y 168.3 CE), excluyéndose el referéndum consultivo del artículo 92 CE y las consultas populares locales (artículo 149.1.32 CE) y todas las demás formas de participación que caen dentro del concepto de democracia participativa.

Se trata, de una doctrina errónea que identifica democracia directa con toma de decisiones directamente por los ciudadanos y restringe de forma desmedida el ámbito del artículo 23 CE.

5.2. Posición del Tribunal Constitucional

Para conocer la posición del Tribunal Constitucional sobre el término “*participación directa*” es de capital importancia la Sentencia 119/1995. En ella el Alto Tribunal ha rechazado tanto la interpretación más amplia del concepto (al excluir la representación orgánica de intereses de la participación representativa del artículo 23.1 CE) como la más restringida del término (al incluir expresamente el referéndum consultivo dentro de la

participación directa). También ha rechazado la segunda acepción al excluir expresamente la información pública del ámbito del artículo 23.1 CE.

Al menos teóricamente, el Tribunal parece adoptar la cuarta acepción del concepto de participación directa, aunque en la práctica, al incluir en la misma la iniciativa legislativa popular, adopta realmente la tercera. En efecto, el Constitucional ha considerado que las formas de democracia participativa constituyen un *“tertium genus”* no amparable por el artículo 23.1 CE. Entre las formas de democracia directa y las formas de democracia representativa y que bajo la expresión participación directa sólo se incluyen formas de participación política. El Tribunal aplica a la expresión *“participación directa”* los mismos criterios interpretativos y las mismas conclusiones que los aplicados a la expresión *“por medio de representantes”*, *“puesto que nos movemos dentro del mismo precepto y no parece conveniente otorgar a una misma expresión (“participar en los asuntos públicos”) dos sentidos distintos. Y en consecuencia se exige también a la participación directa que sea una expresión de la voluntad general”*²⁵¹.

El Tribunal Constitucional construye el concepto de *“asuntos públicos”* sobre la base de una sola de las modalidades participativas, la realizada por medio de representantes y, concluye, que éste equivale a participación política en sentido estricto y extiende esta conclusión a la otra modalidad, la participación directa²⁵².

La forma de razonar del Tribunal tiene su justificación en que la inmensa mayoría de los asuntos examinados por éste, en relación al artículo 23 CE,

²⁵¹Véase extracto de Sentencia 119/1995 en Esparza Martínez, B., *La participación política como derecho fundamental en la Constitución de España y de Europa*, Editorial Porrúa, México, 2008, pp. 55-58.

²⁵²La forma más adecuada de razonar hubiera sido otra: primero, delimitar el concepto de asuntos públicos en abstracto y después delimitar qué significan las expresiones participación directa y participación por medio de representantes. Véase Ibáñez Macías, A., *El derecho constitucional a participar y la participación ciudadana local*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2007, pp. 98 y ss.

se refieren a la participación por medio de representantes y sólo en contadas ocasiones a la participación directa. Entre los argumentos expuestos para delimitar el concepto de asuntos públicos el Tribunal menciona, en primer lugar, el de que la participación por medio de representantes exige “*sufragio universal*”, tal como lo ordena el artículo 23.1 CE. Así, indica “*en relación con esta última posibilidad (participación por medio de representantes), la Constitución concreta que se trata de representantes elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal, lo que apunta, sin ningún género de dudas, a la representación política, con exclusión de otras posibles representaciones de carácter corporativo, profesional, etc.*”

Este es el argumento principal del Constitucional sobre el que se construye la noción restrictiva del concepto de *asuntos públicos*. Todos los demás son complementarios del anterior. Así, es complementario del anterior y hasta una deducción lógica del mismo, el argumento mencionado de la interpretación del artículo 23 CE, en sus apartados 1 y 2 (derechos de sufragio activo y pasivo) desde el artículo 1.1 CE (Estado democrático) y 1.2 CE (soberanía popular) (STC 119/1995). También es complementario y no decisivo el argumento de interpretación del artículo 23 CE desde los tratados internacionales (artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

El razonamiento del Tribunal Constitucional va a traer como consecuencia la exclusión de la democracia directa de ciertas formas de democracia participativa. Así, se excluyen expresamente las siguientes figuras (STC 119/1995):

- a) La participación en la programación de la enseñanza y en el control y gestión de los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos (artículo 27.5 CE y 7 CE). Ciertamente, en estos

supuestos, no se está ante participación de los ciudadanos o sus asociaciones *uti cives*, sino en cuanto representantes de intereses sectoriales.

- b) La audiencia de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas (artículo 105 a) CE).
- c) La garantía de la audiencia de los interesados en el procedimiento de producción de actos administrativos (artículo 105 c) CE).
- d) Las formas de participación de los interesados en la seguridad social y en la actividad de determinados organismos públicos cuya función afecte a la calidad de vida o al bienestar general (artículo 129.1 CE). Al consistir ésta normalmente en participación orgánica a través de organizaciones de intereses sectoriales, lo que es incompatible con la exigencia de sufragio universal para la participación representativa.
- e) La participación en la empresa (artículo 129.2 CE). Aunque las empresas públicas o mixtas pudieran incluirse en el concepto “asuntos públicos”, el precepto 129.2 CE parece hacer referencia a una categoría particular de ciudadanos: los trabajadores.
- f) La audiencia de las asociaciones de consumidores y usuarios en las cuestiones que pudieran afectar a aquéllos (artículo 51.2 CE). Se trataría de una modalidad del artículo 105 a) CE.
- g) La participación de –y en- las organizaciones profesionales que contribuyen a la defensa de los intereses económicos que le son propios (artículo 52 CE).
- h) La participación en la planificación general de la actividad económica (artículo 131.2 CE). Aquí los sujetos participantes

(aparte de las CCAA, que son poderes públicos), persiguen fines sectoriales: sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas. Además, la participación se realiza a través de un órgano de representación de intereses: el precepto constitucional habla de un “Consejo”.

El tribunal ha incluido dentro de las formas de participación directa únicamente formas de participación política, que implican el ejercicio del sufragio universal, excluyendo las formas de participación administrativa. Así, ha incluido: el Concejo Abierto (STC 76/1994), los referendos en todas sus modalidades, incluso el referéndum consultivo (artículo 92 CE) y las consultas populares locales (artículo 149.1.32 CE) (STC 53/1982). También se ha incluido en el artículo 23.1 la iniciativa legislativa popular del artículo 87.3 CE (STC 76/1994).

El Constitucional parece dificultar la posibilidad de incluir otros institutos de democracia directa, al margen de los ya enumerados, cuando señala: *“Y aún si se admitiera que la Ley puede ampliar los casos de participación, los supuestos habrían de ser, en todo caso, excepcionales en un régimen de democracia representativa como el instaurado por nuestra Constitución, en el que priman los mecanismos de democracia representativa sobre los de democracia directa”* (STC 76/1994).

Esta conclusión del Tribunal no parece correcta, pues, de la primacía de la democracia representativa no deriva la necesidad de restringir los supuestos de democracia directa. Dicho de otro modo, el reconocimiento de un amplio número de institutos de democracia directa no pone en peligro la democracia representativa. Si se incluyeran dentro de la participación directa algunas instituciones de democracia participativas, como el trámite de la información pública en la elaboración de disposiciones de carácter general, su uso frecuente no perjudicaría para nada la democracia representativa,

puesto que por definición tales instituciones consisten en la influencia en la toma de decisiones y no en la adopción de la decisión misma, por lo que, en todo caso, tendrían un carácter complementario respecto de la participación por medio de representantes²⁵³.

Por otra parte, si se exigiera a la participación directa el sufragio universal, esto es, el llamamiento a todos los ciudadanos de un determinado ámbito territorial, habría que excluir del ámbito de protección del derecho la iniciativa popular y el derecho de petición (esta última exclusión no tendría graves consecuencias desde el punto de vista de las garantías del derecho de petición, -artículo 29 CE-, por cuanto, por su ubicación sistemática dentro de la Constitución, sería susceptible de amparo judicial y ante el Tribunal Constitucional). Y sólo quedarían como formas de participación directa el referéndum (en cualquiera de sus modalidades) y el Concejo Abierto.

Resulta que la iniciativa legislativa popular, tal como se configura en la Constitución, ya no es una forma de participación política *stricto sensu* al no requerir sufragio universal. De hecho, la iniciativa legislativa popular no es una “*expresión de la voluntad general*”. Por lo que se trataría de una forma de participación en sentido estricto no política; se trata de una forma de democracia participativa (que cae dentro del ámbito del artículo 23.1 CE)²⁵⁴.

A la misma conclusión se debe llegar respecto del derecho de petición. Éste, al partir, en todo caso, de una minoría de los ciudadanos y al no exigir un pronunciamiento popular, debe ser considerado una institución de democracia participativa (incluida en el concepto de participación directa del artículo 23.1 CE), que requiere un concepto más amplio de participación

²⁵³Véase Sánchez Morón, M. “El sistema político local: fórmulas de gobierno y participación ciudadana”, en *Informe sobre el Gobierno Local*, MAP, Madrid, 1992, pp. 289 y ss.

²⁵⁴Véase Aragón Reyes, M., “La iniciativa legislativa”, *Revista Española Derecho Constitucional*, N° 16, Madrid, 1986, pp. 287-312.

directa que el manejo por el Tribunal Constitucional que dé cabida a instituciones de democracia participativa²⁵⁵.

6. Ámbito subjetivo del derecho a participar: “los ciudadanos”

6.1. Concepto de ciudadanía

Titulares del derecho a participar en los “asuntos públicos” son, a tenor del artículo 23.1 CE “*los ciudadanos*”. Esta cuestión es de gran importancia para la determinación de las formas de participación que se incluyen en el ámbito de protección del citado precepto.

Por lo que se refiere al término empleado en el artículo 23.1 CE, el concepto de ciudadanía está siendo recientemente objeto de asidua atención y estudio. Esta explosión de estudios se debe, entre otros motivos, a la caída del socialismo y su sustitución por el discurso republicano de la ciudadanía, al fenómeno de la globalización de la economía y a la crisis de la soberanía de los Estados²⁵⁶.

Ahora bien, para no inducir a confusión, es preciso discernir, un concepto sociológico de un concepto jurídico de *ciudadanía*, siendo este último el que no interesa. Ambos parten de una idea común de ciudadanía, entendida como participación o pertenencia a una comunidad, pero el concepto sociológico es más amplio, incluyendo, entre los derechos de ciudadanía, derechos civiles, políticos y sociales. En cambio, el concepto jurídico es

²⁵⁵Véase García Cuadrado, A., “El derecho de petición”, *Revista Derecho Político*, Nº 32, 1991, pp. 119-170.

²⁵⁶Resulta sorprendente que, vista la importancia que tiene en el cumplimiento del ideal participativo y democrático la titularidad de la participación, no haya sido hasta hace muy poco un problema de fondo en la teoría de la democracia y que en los siglos de constitucionalismo, raramente, se haya hecho mención en los textos fundamentales, a la cuestión de titularidad y extensión de la *participación*. Véase Pérez Solá, N., “Algunas consideraciones en torno al derecho fundamental a la participación directa en los asuntos públicos”, *Revista Derecho Político*, Nº 41, 1996, pp. 97-118.

bastante más restringido, refiriéndose exclusivamente a un determinado status de pertenencia a la comunidad política, el *status activae civitatis*, que confiere determinados derechos políticos, de participación en la formación de la voluntad de los poderes públicos²⁵⁷.

El concepto de *ciudadano* pertenece a la esfera política. El ciudadano en la democracia es *citoyen* no particular o burgués²⁵⁸. En este sentido, se puede definir la ciudadanía como “*capacidad política legalmente reconocida para intervenir en la cosa pública*”²⁵⁹. Esta vinculación –e incluso identificación– entre ciudadanía y participación política se daba ya en la Grecia clásica, concretamente, en la Atenas de Pericles. No obstante, parece ser que lo que distingue la ciudadanía antigua de la ciudadanía moderna – que se sitúa a partir de la Revolución Francesa– es, fundamentalmente, que esta última, frente al carácter elitista y exclusivista de la primera “*manifiesta, al menos como tendencia, un carácter abierto y expansivo*”. Se ha subrayado, asimismo, como diferencia entre la ciudadanía antigua y la moderna, que esta última, “*se centra más que en la participación política en los derechos*”, esto es, en el reconocimiento por parte del Estado de ámbitos de soberanía propios de los individuos.

A su vez, es útil la distinción que se relativizada entre una concepción absoluta de la ciudadanía (abstracción hecha de cada ordenamiento jurídico) y una concepción relativa, dependiente de su regulación en cada concreto ordenamiento. Pues bien, para el pleno ejercicio de la ciudadanía, abstracción hecha de cada ordenamiento, es preciso que se den una serie de presupuestos o características en la condición de ciudadano: la

²⁵⁷Existen ciertos conceptos e instituciones que, a lo largo de su decantación histórica, tienen suprema energía de perduración. Tal cualidad puede predicarse de la noción de ciudadanía, que a través de los tiempos ha expresado el vínculo jurídico que liga a las distintas formas de organización política con sus miembros. Véase Blanco, I., *Ciudadanos y decisiones políticas*, Editorial Ariel, Barcelona, 2001, pp. 219 y ss.

²⁵⁸Véase Schmitt, C., *Teoría de la Constitución*, Editor Nacional, México, (edición original de 1927), 1981, pp. 284y ss.

²⁵⁹Véase Pérez Serrano, N., *Tratado de Derecho Político*, Civitas, Madrid, 1976, pp. 115 y ss.

nacionalidad (lo que excluye a los extranjeros), la cualidad de persona física (lo que excluye a las personas jurídicas), la mayoría de edad (lo que excluye a los menores) y el pleno ejercicio de los derechos civiles y políticos (lo que excluye a los declarados incapaces y a los privados del derecho a sufragio)²⁶⁰.

En cuanto a los primeros presupuestos y a su posible justificación, la vinculación entre la ciudadanía moderna y la nacionalidad se va a producir desde la Revolución Francesa, -puesto que la idea de ciudadanía va a surgir dentro del Estado-nación- se va a producir a través de la idea de soberanía nacional (después popular), en el sentido de que todos los poderes emanan del pueblo-nación; soberanía que se ejerce mediante la participación de todos los ciudadanos (todos los integrantes del pueblo), en el ejercicio directo o indirecto del poder.

Ya la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, distingue entre los derechos del hombre y del ciudadano, siendo éstos últimos derechos de participación en la comunidad política. Así, después de haberse establecido claramente que *“el origen de toda soberanía reside esencialmente en la nación. Ningún órgano ni ningún individuo pueden ejercer autoridad que no emane expresamente de ella”* (artículo 3). El artículo 6 declara que *“la ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de participar personalmente o por medio de representantes en su formación. Debe ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga. Todos los ciudadanos, al ser iguales ante ella, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y la de sus talentos”*. Y como concreción de este derecho de participación, el artículo 14 dispone que *“todos los ciudadanos tiene el derecho de verificar por sí*

²⁶⁰Véase Xifra Heras, J., “Ciudadano”, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo IV, Editorial Fco. Seix S.A., Barcelona, 1981, pp. 163-165.

*mismos o por sus representantes la necesidad de la contribución pública, de aceptarla libremente, de vigilar su empleo y de determinar la cuota, la base, la recaudación y la duración*²⁶¹.

Por lo que se refiere a la personalidad individual, física, como característica de la ciudadanía, la exclusión de las personas jurídicas se justifica en la idea *roussoniana* de la ley como expresión de la voluntad general, voluntad general que sólo puede formarse a partir de las voluntades individuales, excluyendo a las sociedades particulares de la participación en su formación²⁶².

Finalmente, resulta necesario hacer una mención a la supuesta crisis sobre el concepto de ciudadanía. Aquí, nuevamente se debe distinguir entre el concepto sociológico y el jurídico de ciudadanía. Por una parte, desde una concepción sociológica, se denuncia que en las modernas sociedades multiculturales y multiétnicas el concepto liberal de ciudadanía, por su carácter homogeneizador, al no reconocer las diferencias, se ha convertido más que en un factor de integración en un factor de exclusión de las minorías. Por esta razón, se aboga por un nuevo concepto de *ciudadanía*, entendida como “*ciudadanía diferenciada*”, “*multicultural*”, “*fragmentada*” o “*compleja*”, conceptos que aluden a la necesidad de que, en las modernas sociedades, se reconozca junto al derecho a la igualdad, el derecho a la diferencia y, en particular, los derechos colectivos de los grupos minoritarios²⁶³.

²⁶¹Desde entonces, la ciudadanía ha sido unida a la nacionalidad, hasta fechas recientes. Tanto es así, que, a veces, ambos conceptos se confunden. Véase Rescigno, G., “cittadinanza: riflessioni sulla parola e sulla cosa”, *Rivista di Diritto Costituzionale*, 1997, pp. 37-42.

²⁶²El derecho de participación política reconocido en el artículo 23.1 CE es el instrumento a través del cual se hace real y efectiva la voluntad general. Se es ciudadano en la medida en que se participa en la formación de la voluntad general y se participa en la formación de la voluntad general en la medida en que se es ciudadano. La génesis de la ciudadanía y la voluntad general no pueden no ser simultáneas. Véase Torres Del Moral, A., “La participación política a través de las instituciones de democracia directa”, en *La participación, Anuari de la Facultat de Dret*, Estudi General de Lleida, 1985, pp. 45-62

²⁶³Véase Cabrera Rodríguez, F., “Sociedad multicultural y ciudadanía: hacia una sociedad y ciudadanía interculturales”, *Revista Educación*, Nº 1, 2003, pp. 33-56.

También desde la concepción sociológica de la ciudadanía, se ha subrayado la necesidad de superar el Estado-nación, actualmente en crisis frente al fenómeno de la globalización, para garantizar los derechos fundamentales desde una ciudadanía “*global*” o “*cosmopolita*” bajo un gobierno mundial o “*cosmópolis*”. Los derechos que definen la ciudadanía liberal no son otra cosa que la explicación de un contrato entre los individuos y el Estado. Esta relación liberal que define la ciudadanía moderna se ha visto bruscamente perturbada por un fenómeno nuevo: la *globalización*. Si determinadas lógicas transnacionales socavan la soberanía interior de los Estados, ¿qué queda de la ciudadanía entendida como acuerdo bilateral entre el individuo y el Estado, plasmado en derechos? Aparentemente, el Estado ya no estaría en condiciones de satisfacer su parte del contrato²⁶⁴.

Por el contrario, la crisis de la ciudadanía, en su concepción jurídica, se refiere solamente a la crisis de uno de los elementos de la ciudadanía: la *nacionalidad*. Si desde sus orígenes la ciudadanía moderna aparece vinculada al Estado-nación, la crisis de éste va a ocasionar una crisis de la ciudadanía nacional y una ruptura, aunque todavía parcial, del vínculo entre ciudadanía y nacionalidad. En efecto, si la ciudadanía se define como la pertenencia a una comunidad política, hoy en día, al menos en los países europeos occidentales, el individuo no pertenece a una única comunidad u organización política, el Estado-nación, sino que, al mismo tiempo, pertenece a otra comunidad: la Unión Europea. Dicho en otras palabras, además de la ciudadanía nacional, existe una ciudadanía complementaria o superpuesta a la anterior, que no se vincula a la nacionalidad, puesto que no existe una nacionalidad de la Unión Europea²⁶⁵. Esto abre la posibilidad de que en un

²⁶⁴Véase Fariñas Dulce, M.J., *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 39 y ss.

²⁶⁵Una vez rota la ecuación entre ciudadano y nacional de un Estado, el concepto explicativo de la ciudadanía debe orientarse hacia una “*ciudadanía multilateral*”, es decir, se trata de avanzar una alternativa al modelo hasta ahora vigente de una “*ciudadanía unilateral*”, entendida como vínculo político compacto y omnicomprensivo de toda la actividad participativa del individuo en el Estado. El

futuro próximo puedan existir, además de la ciudadanía nacional, diversas ciudadanías superpuestas no vinculadas a la nacionalidad (local, regional, global), cada una de las cuales confiere al individuo un determinado status²⁶⁶.

Hay quienes propugnan una radical ruptura entre ciudadanía y nacionalidad y, por tanto, una identificación entre *status personae* y *status civitatis*, entre hombre y ciudadano, de modo que se les reconozca derechos de participación en la comunidad política a todos los residentes (nacionales o extranjeros) en el territorio del Estado. Así, sobre la importancia de la desvinculación entre nacionalidad y ciudadanía se sostiene que si el pasado siglo supuso para los extranjeros el reconocimiento del régimen de equiparación con los nacionales en el disfrute de los derechos civiles, el actual, ha presenciado el primer reconocimiento de derechos políticos en su favor. Es decir, se está produciendo una equiparación progresiva entre nacionales y extranjeros llevando a una conversión de los derechos del ciudadano en derechos del hombre, desde el *status activae civitatis* a un nuevo *status activae homini*, aunque por ahora sólo en el ámbito local, primera escuela de la democracia²⁶⁷.

fenómeno actual del desbordamiento político y jurídico del Estado en término de “*supraestatalidad*” e “*infraestatalidad*” apoya ese desplazamiento de la ciudadanía hacia su versión multilateral. Así, por ejemplo, en el seno de la Unión Europea, pueden reconocerse y hacerse operativas hasta cuatro modalidades de ciudadanía en sus Estados miembros con estructura federal o autonómica: la ciudadanía europea, la estatal, la federal o autonómica y la municipal. Véase Pérez Luño, A.E., *¿Ciberciudadanía o ciudadanía.com?*, Gedisa Editorial, Barcelona, 2004, pp. 47 y ss.

²⁶⁶La ciudadanía multilateral permitiría avanzar a soluciones basadas en el pluralismo y la interculturalidad, tendentes a evitar el conflicto y la desintegración de los Estados multiculturales. Véase Nuñez Encabo, M., *Constitución europea y derecho de ciudadanía*, Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, 2005, pp. 24 y ss.

²⁶⁷Habría, pues, que abandonar la idea de nacionalidad como fundamento de la ciudadanía y buscar el fundamento de ésta en otros presupuestos, como por ejemplo, “una cultura política común”.

Sin embargo, es preciso señalar que, al margen de las discusiones teóricas, en los ordenamientos constitucionales europeos occidentales (en especial, de los países integrantes de la Unión Europea) y por lo que se refiere a la participación política, sigue siendo un principio general la vinculación entre ciudadanía y nacionalidad, encontrando su excepción únicamente en el caso de las elecciones municipales. Por tanto, aún no se está ante una completa revolución del concepto de ciudadanía, ante una ruptura generalizada del vínculo nacionalidad-ciudadanía, ruptura que encontraría varios

6.2. Los ciudadanos como sujetos titulares del derecho a participar

El concepto “*ciudadanos*” del artículo 23.1 CE puede ser interpretado en un sentido estricto, esto es, igual a persona física, nacional, mayor de edad y en pleno uso de sus derechos políticos; y en sentido amplio, sociológico-político, como equivalente a toda persona, nacional o extranjera, física o jurídica, que forme parte de una determinada colectividad. En este segundo supuesto, el criterio de pertenencia a la colectividad es más amplio y diverso que el de la nacionalidad y vendrá concretado por el legislador: ser vecino, estar empadronada, tener residencia habitual o simplemente habitar en el territorio del ente público correspondiente en el momento de la participación.

La elección de una u otra interpretación (amplia o restrictiva) del concepto tendrá importantes consecuencias jurídicas en relación con las formas participativas incluidas en el ámbito de protección del derecho de participación directa en los asuntos públicos. Si acogemos la interpretación estricta, la participación a la que se refiere el artículo 23.1 CE no puede ser calificada sino de exclusivamente política, excluyéndose otras formas de participación. En cambio, la interpretación amplia permite extender el ámbito de protección del derecho a formas de democracia participativa que no implican el ejercicio del sufragio universal²⁶⁸.

obstáculos jurídico-constitucionales. Véase Habermas J., “Ciudadanía e identidad nacional. Consideraciones sobre el futuro europeo”, *Revista Debats*, N° 39, 1992, pp. 11-17

²⁶⁸Al respecto, cabe señalar, que la mayoría de la doctrina nacional ha acogido la interpretación estricta, excluyendo, por ejemplo, a los extranjeros del término “ciudadanos” del artículo 23.1 CE. Sin embargo, también hay autores partidarios de una interpretación amplia, ya que la Constitución al proclamar como sujetos titulares del derecho fundamental a los “ciudadanos” y no usar otra fórmula más restrictiva, como sería los “españoles”, parece dar a entender, que se ha optado por la extensión de la titularidad del derecho independientemente de si el término “ciudadano” se ha de interpretar aquí en el sentido del Derecho civil, que exige por lo menos el domicilio estable y la residencia habitual o si se ha de interpretar en sentido socio-político, que comprendería a todas las personas que incluso circunstancialmente habitan en el ámbito territorial sometido a la regulación constitucional. Véase Rodríguez Molinero, M., “Participación, desencanto, apatía e inhibición”, *Los derechos fundamentales y libertades públicas, II*, Vol. II, XII Jornadas de Estudio, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1457 y ss.

6.2.1. La posición del Tribunal Constitucional

A) La inclusión de los extranjeros. La ruptura de la vinculación entre ciudadanía y nacionalidad

Respecto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se puede señalar como hito fundamental en cuanto a la titularidad del derecho a participar la Declaración de 1 de julio de 1992, sobre el Tratado de Maastricht²⁶⁹. Hasta entonces, el Tribunal si bien no se había pronunciado expresamente sobre si el artículo 23 CE excluía a los extranjeros, sí había dicho que los titulares del derecho a participar son los ciudadanos, en sentido estricto, lo que excluye a personas jurídicas. Esta exclusión hacía prever que él adoptara el concepto clásico, estricto de ciudadanía y, en consecuencia, excluyera también de la titularidad del derecho a los extranjeros para ser congruentes con dicho concepto.

En efecto, con motivo de la ratificación del Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992, el Gobierno de la Nación planteó un requerimiento al Tribunal Constitucional para que, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 95 CE²⁷⁰, se pronunciara sobre la posible contradicción entre el artículo 13.2 CE (que reconocía, con determinadas condiciones, el derecho de sufragio activo pero no el pasivo de los extranjeros en las elecciones municipales) y el artículo 8 B.1²⁷¹ del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, el cual reconocía a los nacionales de los Estados miembros de la Unión los

²⁶⁹Véase Closa, C., “La ciudadanía europea: el estatuto de un sujeto político inacabado”, en Llamazares, I. y Reñares, F. (Eds.), *Aspectos políticos y sociales de la integración europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 69-91.

²⁷⁰Artículo 95.1 CE señala “*La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá previa revisión constitucional*”.

²⁷¹El artículo 8.B.1 del Tratado de la Comunidad Europea dispone que “*todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en el que se resida en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado*”.

derechos de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales en el Estado miembro de residencia del que no fuesen nacionales. La contradicción estaría en el derecho de sufragio pasivo, reconocido en el artículo 8 B.1 TCEE a los extranjeros comunitarios, pero no reconocido por el artículo 13.2 CE²⁷².

El Tribunal expuso en su argumentación lo siguiente: el artículo 23 CE prohíbe la discriminación entre los ciudadanos en el ejercicio del derecho a los cargos públicos, pero no excluye a los no ciudadanos de la titularidad del derecho, sino que la exclusión viene dada por el artículo 13.2 CE. Es decir, el artículo 23 CE recoge el concepto de “*ciudadano*” en sentido estricto, pero tal concepto no tiene carácter excluyente de los no ciudadanos, como los extranjeros²⁷³.

Sin embargo, esta argumentación parece contradictoria. O bien el concepto “*ciudadanos*” es estricto y excluyente de su definición misma a los extranjeros, viniendo el artículo 13.2 CE a reforzar dicha exclusión, o bien es amplio, incluyendo a los extranjeros e incluso a personas jurídicas (asociaciones), salvo excepciones establecidas en otros preceptos constitucionales como el artículo 13.2 CE. Por otro lado, no parece lógico que un mismo concepto “*ciudadanos*” tenga carácter estricto y excluyente en algunos casos (respecto a personas jurídicas) y no en otros (respecto a los extranjeros), según quien sea el sujeto titular del derecho.

²⁷²La cuestión estribaba en que si la contradicción se hallaba con el artículo 23 CE, que reserva a los ciudadanos el derecho a participar, habría que reformar dicho precepto por el procedimiento agravado y dificultoso del artículo 168 CE, pero si tenía lugar sólo con el artículo 13.2 CE, la reforma podría realizarse por la vía del artículo 167 CE.

²⁷³El artículo 23 CE reconoce el derecho de sufragio activo y pasivo de los españoles y, por lo tanto, ningún ciudadano español podrá verse privado de ese derecho, pero, en modo alguno, declara la exclusividad de ese derecho a favor de los ciudadano españoles. Véase Rallo Lombarte, A., “El tratado de Maastricht y el derecho de sufragio de los extranjeros en España”, *Revista Derecho Político*, Nº 36, 1992, pp. 89-127.

Respecto a la cuestión de fondo, si debía reformarse el artículo 23.1 CE, pareciera que la respuesta es negativa, puesto que este artículo en relación con los preceptos 13.2 CE y 1.2 CE (los poderes del Estado emanan del pueblo español) sólo establece un principio general: sólo son titulares del derecho a participar los españoles, principio al que se introduce una excepción en el artículo 13.2 CE: los extranjeros, en determinadas condiciones, pueden ser titulares del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales. Bastaba, pues, sin la necesidad de derogar el principio general y sin modificar, pues, los artículos 23 CE y 1.2 CE, introducir una nueva excepción en el artículo 13.2 CE: el derecho de sufragio pasivo de los extranjeros en las elecciones municipales. Y así se ha procedido con la reforma constitucional de 27 de agosto de 1992, introduciendo una excepción a un principio general, con lo cual éste se ve modificado sin ser derogado.

B) La exclusión de las personas jurídicas

El Tribunal Constitucional ha reconocido a las personas jurídicas en general la titularidad de determinados derechos fundamentales. Sin embargo, a la hora de interpretar el concepto “*ciudadanos*” ha excluido a las personas jurídicas del derecho a participar en los asuntos públicos. La razón hay que buscarla en una interpretación estricta del concepto de “*asuntos públicos*”, incluyendo en esta expresión formas de participación política *stricto sensu*, que implican ejercicio del sufragio universal²⁷⁴.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la que se excluye a las personas jurídicas de la titularidad del derecho a participar en los asuntos públicos es abundante y comienza con la exclusión de los sindicatos (SSTC

²⁷⁴Como se ha dicho anteriormente, el concepto de “*asuntos públicos*” admite otra interpretación más amplia que comprende formas de participación de diversa naturaleza: debiendo distinguir las que implican ejercicio del sufragio universal de aquellas otras llamadas formas de democracia participativa que no implican tal ejercicio.

53/1982, 23/1983, 51/1984, entre otras). Asimismo, son numerosas las sentencias en que se ha negado a los partidos políticos la titularidad del derecho a participar y, esto es relevante, porque el artículo 6 CE considera a los partidos como *“instrumentos fundamentales de participación política”*, es decir, instrumentos, pero no sujetos titulares del derecho (SSTC 5/1983, 63/1987, 25/1990, 36/1990 y 30/1993, entre otras). También se ha denegado la titularidad del derecho a participar a las asociaciones profesionales (SSTC 217/1988 ATC 942/1985) y a cualquier asociación (STC 63/1987).

Esta interpretación constitucional traería como consecuencia, por ejemplo, la exclusión del ámbito de protección del artículo 23.1 CE de la audiencia de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas por poder realizarse la misma a través de organizaciones y asociaciones reconocidas por ley (artículo 105.a) CE). Así, el Constitucional señala, refiriéndose a las formas de democracia participativa que el hecho mismo de que muchas de estas formas de participación se articulen, como se ha dicho, a través de entidades de base asociativa o corporativa pone de relieve su diferente naturaleza respecto de la participación política garantizada por el artículo 23 CE; ésta, según tiene declarado el Tribunal, es reconocida primordialmente a los ciudadanos *–uti cives–* y no a favor de cualesquiera categorías de personas (STC 119/1995)²⁷⁵.

²⁷⁵En cuanto a las *personas jurídicas públicas*, en el ATC 525/1987, el Tribunal Constitucional reconoce la falta de titularidad, aunque no de legitimación del Ayuntamiento. Y en la STC 231/1998, se dice que *“respecto de la segunda alegación del Ayuntamiento, basta señalar, como hace el Ministerio Fiscal, que de los derechos reconocidos en el artículo 23 CE sólo pueden ser titulares los ciudadanos y no las personas jurídicas públicas”*.

6.2.2. La indeterminación del término “ciudadanos” en el artículo 23.1 CE

A) La insuficiencia de la interpretación literal

En primer lugar, se debe descartar una interpretación literal, pues el término “*ciudadanos*” no tiene un significado unívoco en la Constitución. A veces, la Constitución lo utiliza en sentido amplio, equivalente a “*cualquier persona, física o jurídica, nacional o extranjera*”. Así, cuando el artículo 9.1 CE dispone que “*los ciudadanos y los poderes públicos están sometidos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*”. Es obvio, que toda persona, también las personas jurídicas y los extranjeros, están sometidos a la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico. En el mismo sentido, se utiliza la expresión por el artículo 53.2 CE cuando dispone que “*cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1ª del Capítulo II ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional*”. Este precepto debe ser puesto en relación con el artículo 162.1 letra b) CE, según el cual está legitimado para interponer el recurso de amparo “*toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo*”. Por tanto, el término “*cualquier ciudadano*” debe ser entendido como cualquier persona natural o jurídica, también para el caso del amparo judicial²⁷⁶.

Una prueba más de que no se debe tener en cuenta la dicción literal del precepto, es que la Sección 2ª del Capítulo II del Título I de la Constitución, lleva por título “*derechos y deberes de los ciudadanos*”, y en él se

²⁷⁶Véase Gimeno Sendra, V., “El recurso de amparo, conceptos fundamentales”, en Cascajo Castro, J.L. y Gimeno Sendra, V., *El recurso de amparo*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 81 y ss.

comprenden derechos y deberes que se van a reconocer a las personas jurídicas y a los extranjeros, como por ejemplo, el de propiedad privada.

B) La indeterminación de los antecedentes parlamentarios

De los antecedentes parlamentarios no se puede deducir nada seguro. El artículo 12.1 del Anteproyecto de Constitución decía que *“solamente los españoles serán titulares de derechos políticos”*. Pudiera deducirse, que la necesidad de esta especificación se debe al carácter demasiado genérico del término *“ciudadano”* del artículo 23.1 CE. Sin embargo, entre los argumentos aducidos por quienes proponían la supresión de este inciso del artículo 12.1 CE, estaba su carácter redundante, puesto que el término *“ciudadanos”* del 23.1 CE, excluía ya a los extranjeros.

La Comisión de Constitución del Senado decidió, por unanimidad, suprimir el inciso transcrito del artículo 12.1 CE *“sin que fuese objeto de discusión”*. Posteriormente, la exclusión de los extranjeros de los derechos del artículo 23 CE, fue introducida por la Comisión Mixta, como también la excepción del sufragio activo de los extranjeros en las elecciones municipales. En opinión de algunos autores, esta nueva precisión, excluyendo a los extranjeros era necesaria sobre todo tras la discusión que terminó por eliminar en el Senado la limitación del ejercicio de derechos políticos por los extranjeros. A *sensu contrario*, se puede concluir que, de no haberse introducido el inciso del artículo 12.1 CE que excluía de los derechos políticos a los extranjeros, el término *“ciudadanos”* del artículo 23.1 CE podría interpretarse como *“ciudadanos españoles”*, pero una vez

introducido, debatido y suprimido, podría entenderse que la voluntad del constituyente era incluir asimismo a los extranjeros²⁷⁷.

C) El carácter limitado de la interpretación desde los tratados internacionales

De acuerdo con los tratados internacionales sobre el derecho a participar suscritos por España (artículo 10.2 CE), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (aprobada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948), dispone en su artículo 21.1 *“Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos”*. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York, el 19 de diciembre de 1966 (publicado en el BOE de 30 de abril de 1977), establece en su artículo 25 *“Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2 y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”*.

Pues bien, esta es la única vez que la referida declaración emplea el término *“ciudadanos”*, frente al mucho más frecuente de *“personas”*, por lo que parece aplicar una interpretación restrictiva del mismo. Ciertamente, estos tratados hablan de toda persona nacional o de ciudadano, lo que excluye a los extranjeros y permite una interpretación restrictiva. No obstante,

²⁷⁷Véase Serrano Alberca, M., “Artículo 13”, en Garrido Falla, F., (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 443-447.

esto hace dudoso que tal precepto –su carácter restrictivo- sea aplicable al artículo 23.1 CE²⁷⁸.

Por otro lado, cabe destacar, que el Tribunal Constitucional acude a los tratados internacionales examinados para interpretar el concepto de “*asuntos públicos*” del artículo 23.1 CE, pero no para realizar una exégesis del término “*ciudadanos*” del mismo precepto constitucional.

D) La necesidad de una interpretación sistemática completa

Podría entenderse que, puesto que el concepto de *ciudadanía*, en su concepción clásica, va unido indisolublemente a la participación política, el concepto de ciudadano del artículo 23.1 CE debe ser interpretado en sentido estricto. Sin embargo, esto no se deduce de una interpretación sistemática de la Constitución y, en general, de aquellos preceptos referidos a la *participación*.

En efecto, numerosos preceptos dedicados a la participación y, en consecuencia, relacionados con el artículo 23 CE, recogen el mismo término “*ciudadanos*”. El artículo 9.2 CE dispone que “*corresponde a los poderes públicos... facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*”, pero, precisamente, el ámbito objetivo del precepto es tan amplio que no puede ser entendido en el sentido de que en el mismo la participación se limite a los nacionales, personas físicas. Por tanto, parece recoger un concepto amplio de ciudadanía.

Lo mismo ocurre con el artículo 105 a) CE, al disponer que “*la ley regulará: a) la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de*

²⁷⁸Por el contrario, Rodríguez-Drincourt, J., considera que el artículo 21 de la Declaración Universal reconoce a los extranjeros el derecho de tomar parte en los asuntos públicos. Véase *Los derechos políticos de los extranjeros*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 232 y ss.

organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten". Pues bien, también este precepto se está refiriendo a todas las personas físicas y jurídicas.

Otros preceptos referidos a la participación parecen acoger una interpretación restrictiva del concepto. Así, el artículo 68.5 CE dispone que *"son electores y elegibles todos los españoles que estén en pleno uso de sus derechos políticos"*, precepto que emplea el concepto de ciudadanía en sentido estricto al regular la participación política por excelencia, la participación electoral. El artículo 92.1 CE establece *"las decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos"*. En este caso, al tratarse de una forma de participación política en el sentido más estricto de la palabra, debe interpretarse el concepto ciudadanos en sentido también estricto. Por último, el artículo 125 CE estipula *"los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado..."*. En este caso, es más difícil delimitar el concepto de ciudadano, puesto que no se hace referencia a participación en la actividad de un órgano de gobierno de un ente territorial, sino a la participación en la Administración de justicia. No obstante, por lo que se refiere al jurado, el legislador requiere para ser miembro de dicho tribunal ser español mayor de edad y encontrarse en pleno uso de los derechos políticos para desempeñar tal función (artículo 8.1 y 2 de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de marzo del Tribunal del Jurado).

En cambio, en otros preceptos dedicados a la participación o no hacen referencia al sujeto titular del derecho (participación en la empresa, artículo 129.2 CE) o se refieren a la juventud (artículo 48 CE) o a los interesados (Seguridad Social y en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de vida o al bienestar general, artículo 129.1 CE). Pero, precisamente, en estos casos, (salvo el artículo 48 cuya finalidad

específica es la promoción de la juventud) se está frente a figuras participativas que escapan al ámbito objetivo del artículo 23.1 CE, por lo que no deberían ser tenidos en cuenta a efectos de interpretación. Así, la participación en la empresa, en la medida en que puede ser referida a empresas privadas, no tiene cabida en el concepto de *“asuntos públicos”* y la participación orgánica en la seguridad social y en los diversos organismos públicos, a través de organizaciones de intereses, no está contemplada en la participación *“por medio de representantes”* del artículo 23.1 CE.

Ahora bien, ante tan confuso panorama, caben dos posibles soluciones:

- a) Puede entenderse que el artículo 23.1 CE se refiere única y exclusivamente a la participación política, en el más estricto sentido de la palabra, como expresión de la soberanía popular, por lo que el concepto de *ciudadanía* debe ser estricto. Apoyan esta interpretación el artículo 1.2 CE *“La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado”* (el hecho de que los poderes públicos emanen del pueblo español, implica que los sujetos titulares del derecho de participación –al menos de aquellas formas participativas que implican el ejercicio del sufragio universal- no puedan ser sino los *“españoles”*). A su vez, el artículo 13.2 CE dispone *“solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23 CE, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales”*.

Sin embargo, esta interpretación, que es la más sencilla y que es acogida por gran parte de la doctrina, no es del todo congruente con otros preceptos de la Constitución que, como el artículo 9.2 CE y 105 CE se refieren a los *“ciudadanos”* en relación con la *participación ciudadana*.

- b) En páginas anteriores se ha comprobado que el concepto de “*asuntos públicos*” puede ser entendido en sentido amplio, como equivalente a participación en actos políticos o discrecionales de alcance general, que emanan de órganos de gobierno. Asimismo, la Constitución posibilita una interpretación amplia del concepto de participación directa, que permita acoger instituciones de democracia participativa como la información pública, que no conlleva el sufragio universal. En consecuencia, tal esfuerzo indagatorio sería vano si ahora se sostiene una interpretación restrictiva del concepto de “*ciudadano*”, que restrinja la participación a la estrictamente política. Ahora bien, tampoco es conveniente una concepción exageradamente amplia del concepto, equivalente a persona, pues ello pugnaría con preceptos constitucionales tales como el artículo 13.2 CE, el artículo 68.5 CE o el propio artículo 23.1 CE, por lo que se refiere a la participación por medio de representantes, para lo cual se exige sufragio universal.

En consecuencia, desde una interpretación sistemática y completa de la Constitución, el concepto ciudadanos del artículo 23.1 CE, lo mismo que en el resto del articulado de la Carta Suprema, no es unívoco, por lo que habrá que atender a la naturaleza de cada figura participativa.

En efecto, de acuerdo con el dogma de la soberanía popular, sólo quienes pertenecen al pueblo-nación pueden participar en la formación de la voluntad del Estado, a través del sufragio universal. De ahí, que el concepto clásico de ciudadanía se restrinja a los nacionales, mayores de edad, en pleno uso de sus derechos políticos. En consecuencia, deberá entenderse a partir del artículo 1.2 CE (los poderes del Estado emanan del pueblo español) que cuando una institución participativa conlleve el ejercicio del sufragio universal, el

artículo 23.1 CE acoge un concepto restrictivo de ciudadano, excluyendo a los extranjeros²⁷⁹.

En cambio, respecto con otras formas de participación que no implican el ejercicio del sufragio universal, debe entenderse, de acuerdo con el artículo 1.2 CE, a *contrario sensu*, que no rige la prohibición del artículo 13.2 CE, pudiendo ser titulares del derecho tanto los extranjeros como las personas jurídicas.

En definitiva, habría que distinguir.

- a) Formas de participación representativa, donde el artículo 23.1 CE requiere el sufragio universal y, por consiguiente, rige un concepto estricto de ciudadanía.
- b) Formas de participación directa, donde, a su vez, habría que distinguir entre las que suponen el ejercicio del sufragio universal y, en consecuencia, exigen un concepto estricto de ciudadanía; y formas de participación que no implican tal ejercicio, que permite un concepto amplio de ciudadanía, equivalente a todas las personas físicas y jurídicas (asociaciones) que integran una determinada colectividad (el criterio de integración de la colectividad puede ser, por ejemplo, la residencia o el domicilio social de la entidad).

Como se ha visto, se ha comprobado que el término “*ciudadanos*” es indeterminado en el artículo 23.1 CE. Por tanto, corresponde al legislador concretar la titularidad del derecho a participar, atendiendo a la naturaleza de cada forma de participación (esto es, si implica o no el ejercicio del sufragio universal). Ahora bien, la libertad de configuración del legislador no es total:

²⁷⁹La exclusión de los extranjeros que realiza el artículo 13.2 CE, debe entenderse referida, asimismo, de acuerdo con el artículo 1.2 CE sólo en relación con estas instituciones. Igualmente, en las mismas, debe excluirse la titularidad del derecho por personas jurídicas, pues la voluntad general sólo puede formarse a partir de las voluntades individuales de las personas físicas.

en las formas que implican ejercicio de sufragio universal, ciudadanos sólo pueden serlo los españoles, personas físicas (salvo la excepción prevista en el artículo 13.2 CE para las elecciones locales). Es un elemento objetivo que viene dado por la propia Constitución (la pertenencia al pueblo español, del que emanan los poderes del Estado, artículo 1.2 CE). En cambio, en las demás formas de participación, nada impide al legislador la extensión de la titularidad a los extranjeros (la exclusión de éstos sería de muy difícil justificación). Aquí también tiene el legislador un límite constitucional: puesto que el concepto amplio de ciudadanía presupone (contiene) el más estricto, el legislador no puede excluir de estas formas de participación a los españoles ni a las personas físicas en beneficio, por ejemplo, de las jurídicas²⁸⁰.

7. Conclusión

Una vez determinado el ámbito objetivo y subjetivo del derecho fundamental de participación, es hora de intentar realizar un elenco, de carácter abierto, de los institutos participativos que podrían tener cabida en el mismo, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que como se ha dicho, ha realizado una interpretación restrictiva del ámbito subjetivo del artículo 23.1 CE, excluyendo aquellas figuras en que participen personas jurídicas. Estos institutos podrían ser: a) los derechos de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales; b) el derecho de sufragio activo en el referéndum municipal, en las mismas condiciones que para las elecciones municipales; c) la deliberación y votación en la Asamblea del

²⁸⁰En consecuencia, en estas instituciones de democracia participativa que no entrañan el ejercicio de sufragio universal, el legislador podrá reconocer la titularidad del derecho a participar a las personas físicas exclusivamente o a las físicas junto con las jurídicas (o junto con algunas de ellas), pero no exclusivamente a las personas jurídicas, porque ello entrañaría una violación del término “*ciudadanos*” del artículo 23.1 CE, además, de una vulneración de la igualdad de las personas físicas en relación con las jurídicas (artículo 14 CE) en el ejercicio del derecho de participación.

Concejo Abierto; d) la iniciativa popular del artículo 70 bis. 2 LBRL; y e) la iniciativa vecinal, esto es, de todos los vecinos del término municipal aunque no tengan derecho de sufragio activo en las elecciones municipales.

En cambio, de acuerdo con la hipótesis que incluye a las personas jurídicas en la titularidad del derecho a participar, para aquellos institutos participativos que no involucren el ejercicio (o titularidad) del derecho de sufragio universal, se comprenderían en el ámbito de protección de artículo 23.1 CE, además de las figuras anteriores, las siguientes: a) el derecho de petición cuando va referido al interés general (aunque su exclusión del artículo 23.1 CE no plantearía problemas, por estar amparado por el artículo 29 CE); b) la iniciativa asociativa, siempre que no se reconozca de forma exclusiva a las asociaciones, esto es, siempre que se reconozca de forma simultánea una iniciativa vecinal o popular en la misma Corporación local; c) la información pública; d) la audiencia asociativa o corporativa, siempre que quepa la posibilidad de información pública simultánea, pues el reconocimiento de audiencia sólo a las asociaciones sin posibilidad de audiencia de los ciudadanos individualmente considerados vulnera la igualdad de participación; e) audiencia pública; f) la participación de las entidades ciudadanas en el Pleno y en las Comisiones Informativas de los órganos colegiados representativos locales, siempre que se permita en condiciones equivalentes, la participación de los vecinos individualmente considerados.

II. Participación en la Administración Pública: artículo 105 CE

1. Participación en la Administración: artículo 105 a) CE

La *participación* en la Administración pública no es sino una de las múltiples concreciones en un ámbito específico –La Administración Pública– de la participación ciudadana en los asuntos públicos que aparece protegida en la Constitución como principio básico que ha de guiar la actuación de los poderes públicos (artículo 9.2 CE) y como derecho fundamental de los ciudadanos (artículo 23.1 CE).

La constitucionalización del *derecho de audiencia* en el artículo 105 a) de la Constitución trae como consecuencia el reforzamiento de la participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de las normas que emanan del poder ejecutivo. Se parte de un presupuesto: la naturaleza participativa del derecho de audiencia que, precisamente, por esto, se constituye en una proyección del principio democrático ínsito en la definición del Estado contenida en el encabezamiento de la Constitución, el *Estado social y democrático de Derecho*²⁸¹.

1.1. Naturaleza jurídica del artículo 105 a) CE

El artículo 105 a) CE supone la constitucionalización –y, a la vez, la ampliación del alcance– de un principio procedimental administrativo ya recogido, en lo esencial, en la legislación preconstitucional (concretamente en el artículo 130, apartados 4º y 5º, de la Ley de Procedimiento

²⁸¹Véase Sánchez Morón, M., “El principio de participación en la Constitución española”, *Revista Administración Pública*, N° 89, 1979, pp.171-205.

Administrativo de 17 de julio de 1958)²⁸² a saber: el *principio de audiencia de los ciudadanos*, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten²⁸³.

En todo caso, no es –ni mucho menos– tacaña la garantía consagrada en el artículo 105 a) CE, máxime si se considera que ninguno de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno la ha elevado –si acaso la recoge– a rango constitucional. Ahora bien, es verdad también que, dado el avanzado grado de sensibilidad hacia los postulados administrativos del principio de Estado social y democrático de Derecho que había demostrado – en éste y en algunos otros aspectos– la legislación preconstitucional en materia de procedimiento administrativo, el constituyente de 1978 no podía menos que constitucionalizar el principio de audiencia de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de las normas reglamentarias²⁸⁴.

Sin embargo, y como confirma el hecho de que el artículo 105 CE dedique dos apartados separados a) y c) a regular la audiencia de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas y en el de adopción de resoluciones, no se está en el primer supuesto ante una manifestación o concreción *sensu stricto*, del principio general que postula el derecho a la defensa contradictoria de las partes o interesados en los procedimientos –sean éstos de naturaleza judicial o administrativa– cuyo

²⁸²El tenor literal de los apartados citados es el siguiente: 130.4 “*Siempre que sea posible y la índole de la disposición lo aconseje, se concederá a la Organización Sindical y demás entidades que por ley ostenten la representación o defensa de los intereses de carácter general o corporativo afectados por dicha disposición, la oportunidad de exponer su parecer en razonado informe en el término de diez días, a contar desde la remisión del proyecto, salvo cuando se opondan a ello razones de interés público debidamente consignados en el anteproyecto*”. 130.5 “*Cuando a juicio del Ministerio, la naturaleza de la disposición lo aconseje, será sometida a la información pública durante el plazo que en cada caso se señale*”.

²⁸³No así, sin embargo, en el procedimiento de elaboración de proyectos de ley, ni en el de elaboración de los Decretos-Leyes o Decretos Legislativos.

²⁸⁴Véase Parejo Alfonso, L., “La participación en el Estado social”, *Actualidad Administrativa*, Nº 5, 1987, pp. 225-239.

objeto sea la aplicación de la ley a un caso concreto, es decir, la emanación de una resolución cuyo contenido pueda afectar restrictivamente a la esfera de derechos de aquéllos (principio *nemina damnatur sine audiatur o nemo damnatus nisi auditus vel vocatus*)²⁸⁵.

Pues bien, a diferencia de la audiencia que la Constitución garantiza en el ámbito del proceso judicial y del procedimiento de producción de los actos administrativos, la *audiencia de los ciudadanos* en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas no responde sólo al principio *nemine damnatur sine audiatur* en cuanto principio garantista vinculado a la idea de Estado de Derecho. Si bien uno de los fines de la audiencia de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas es también, sin duda alguna, el proteger los derechos e intereses particulares potencialmente afectados por ellas, no obstante, no es ésta su única finalidad. La audiencia de los afectados en el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general también persigue otros dos fines, vinculados ambos no tanto a la idea de Estado de Derecho, sino al postulado de eficacia y eficiencia propio del Estado social y al principio de Estado democrático: por un lado, coadyuvar al *acierto*, y, en definitiva, a la calidad de las normas administrativas y, por otro, reforzar su *legitimación democrática*, derivada del sometimiento de los órganos que las producen a la dirección que sobre ellos ejercen los órganos de gobierno democráticamente legitimados por la confianza que les proporcionan los órganos de representación popular y la responsabilidad política que asumen frente a los mismos²⁸⁶.

²⁸⁵Como es sabido, en el ámbito del proceso judicial, este principio se halla garantizado constitucionalmente al máximo nivel –esto, es como derecho fundamental susceptible de amparo judicial y constitucional– en el artículo 24.1 CE, que consagra el derecho de todos a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

²⁸⁶Véase Parada Vázquez, J.R. y Bacigalupo Saggese, M., “Artículo 105. Audiencia del ciudadano en procedimientos administrativos y acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos”,

Si bien en ninguno de los tres apartados del artículo 105 CE se menciona la palabra “derecho”, es evidente, que el triple mandato al legislador en ellos contenidos tiene por objeto la regulación por éste de tres auténticos derechos públicos subjetivos. Esto es, derechos subjetivos cuyo reconocimiento y articulación impone al legislador, aun cuando no se hallan acabados en su diseño constitucional, la propia Constitución. Lo que regula el artículo 105 CE no son, ciertamente, derechos constitucionales perfectos, pero sí, desde luego, cuando menos, derechos constitucionales de configuración legal y no meros objetivos programáticos de política legislativa²⁸⁷.

Ello significa que, el artículo 105 a) CE tiene eficacia normativa directa, de lo que se derivan, por lo pronto, dos consecuencias inmediatas: en primer lugar, que el enunciado inicial del artículo 105 CE “*la ley regulará*” no puede ser entendido como la posposición de su vigencia hasta el momento en que el legislador estime oportuno acometer su desarrollo legal; y, en segundo lugar, que la legislación ordinaria que reconoce y regula el derecho de audiencia en el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general debe acomodarse, siquiera por vía interpretativa a las exigencias del artículo 105 a) CE.

1.2. El artículo 105 a) CE y su carácter participativo

El artículo 105 a) CE acoge una forma o formas de participación funcional o procedimental en la elaboración de disposiciones generales. Su ubicación

en Alzaga Villaamil, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, T. VIII, Edersa, Madrid, 1998, pp. 525-545.

²⁸⁷En particular, sobre la naturaleza jurídica del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos (mero derecho constitucional de configuración legal, derecho instrumentalmente vinculado, en ocasiones, al ejercicio de determinados derechos fundamentales o, en fin, derecho implícito en el derecho fundamental a recibir información, artículo 20.1. d) CE) y del derecho de audiencia en el procedimiento administrativo (mero derecho constitucional de configuración legal o derecho conectado con la prohibición constitucional de indefensión, garantizada como derecho fundamental en el artículo 24.1 CE).

en el Título IV dedicado al Gobierno y a la Administración, pues, la sitúa en la participación en la elaboración del producto normativo propio del Gobierno: el *reglamento*. En efecto, podría definirse la participación funcional como aquella en la que los sujetos participantes, ciudadanos directamente o indirectamente a través de los grupos en que se insertan, actúan en una fase determinada del iter de la actuación administrativa y, concretamente, en este caso, en un momento del procedimiento de elaboración de reglamentos²⁸⁸.

Por su parte, la primera interrogante que surge es si el artículo 105 CE o, al menos, alguno de sus apartados, posee un contenido y una finalidad participativos. Para la mayoría de los autores que han abordado la temática se han inclinado por considerar que el artículo 105 a) CE constituye una concreción del principio de participación del artículo 9.2 CE en el ámbito de la Administración Pública, concretamente, de la participación procedimental.²⁸⁹ De forma contraria, alguna doctrina, en un primer momento, estimó que las reglas o principios del artículo 105 CE no significan una concreción o un refuerzo de la idea de participación, sino una garantía formal, pero esencial de los ciudadanos frente al ejercicio del poder ejecutivo, con lo que pasaba a relacionarlos con la situación de indefensión y con los postulados del Estado de Derecho²⁹⁰.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha hecho eco de esta polémica doctrinal y así, diversas sentencias se han inclinado por la segunda de las tesis expuestas, aludiendo a *“la posibilidad de incidir en indefensión”*, a *“la*

²⁸⁸Obviamente, quedan fuera todas aquellas otras modalidades de participación no articuladas jurídicamente que tienen lugar a través de contactos informales entre los ciudadanos y las asociaciones con las Administraciones Públicas. Véase Sánchez Morón, M., *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, p. 167.

²⁸⁹Todo el artículo 105 CE *“Si se quiere encontrar una idea común detrás de estas aparentemente diversas exigencias constitucionales habría que acudir a la participación”*. Véase Garrido Falla, F., *Comentarios a la Constitución*, 2º Edición, Edersa, Madrid, 1985, pp. 1452.

²⁹⁰Véase Parada Vázquez, J.R., *“Artículo 105. Audiencia del ciudadano en procedimientos administrativos y acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos”*, en Alzaga Villaamil, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo VIII, Edersa, 1998, pp. 523-546.

oportunidad de intervención de esos entes representacionales... con objeto de no incurrir en quebrantamiento del 24.1 CE” (STS de 3 de febrero de 1988) o *“hacer depender la nulidad de la disposición general impugnada de la efectiva indefensión de los interesados”* (STS de 20 de septiembre de 1988 y STS de 29 de septiembre de 1990).

Posteriormente, va tomando cuerpo otra jurisprudencia del Tribunal Supremo, según la cual la audiencia a organizaciones afectadas para la elaboración de disposiciones generales (reguladas entonces con carácter general artículo 130.4 LPA) o la información pública (artículo 130.5 LPA) son modalidades de participación procedimental. Otra cosa es la finalidad perseguida por dicha participación, cuestión sobre la que arrecian también las discrepancias. Así, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, básicamente referida a los planes de urbanismo, en última instancia, éstos *“vienen a proporcionar legitimidad democrática a esa decisión capital que es el planeamiento”* (STS de 9 de mayo de 1989) *“y son consecuencia lógica de la proclamación del Estado como Estado democrático”* (STS de 5 de febrero de 1990). Esta idea es rechazada por el Tribunal Constitucional (STC 119/1995, de 17 de julio), pues, sostiene que, *“la finalidad de la participación en el procedimiento consiste en hacer presente las demandas sociales ante la Administración como garantía de la corrección de la decisión y de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos”*.

Así pues, los objetivos que explican la razón de ser de la participación en los diferentes procedimientos de elaboración de normas son la *transparencia* administrativa, el *control* por parte de las entidades representativas de la adecuación de lo que se regula con los bienes afectados y la *colaboración* con la Administración mediante la introducción de puntos de vista que completan la iniciativa del centro directivo donde se ha originado el

anteproyecto, lo cual impulsa el consenso de los sectores sociales afectados con los órganos decisorios²⁹¹.

Por tanto, una cosa queda clara: la audiencia mencionada en el artículo 105 a) CE no se puede identificar con la audiencia de los interesados prevista en el artículo 105 c) CE y en las leyes de procedimiento administrativo, al concretar dicha institución jurídica. Por el contrario, se está frente a una figura que puede tener diversas plasmaciones normativas por parte del legislador, pero en la que predomina la connotación *participativa* sobre la defensiva de posiciones subjetivas²⁹².

En efecto, la audiencia de los ciudadanos es una forma de referirse a la participación en el procedimiento de elaboración de normas: quiere decir esto que ¿el artículo 105 a) CE ampara cualquier modalidad participativa en el seno de dicho procedimiento? Ciertamente, que el planteamiento que se realiza del ámbito de la audiencia del artículo 105 a) CE admite diversas modalidades participativas, incluso las más novedosas como las encuestas de opinión. Ahora bien, no puede decirse que deje las puertas abiertas a cualquier forma de participación. El problema surge en relación con la posibilidad de incluir, dentro del ámbito del articulado, aquellas formas de participación que suponen la elaboración negociada de reglamentos, con la intervención de organismos y entidades privadas y representantes del Gobierno y de la Administración.

²⁹¹El artículo 105 CE reconoce determinadas garantías a los ciudadanos que la ley habrá de regular: audiencia en la elaboración de disposiciones administrativas, acceso a archivos y registros administrativos y audiencia del interesado en el procedimiento administrativo. Tras estas tres exigencias latén los principios de *participación* y *transparencia* en la Administración. Ello es particularmente intenso en el derecho de audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten. Véase Fernández Le Gal y Reyes Pérez Alberdi, M., “La participación ciudadana en la elaboración de las disposiciones generales: el artículo 105 a) de la Constitución”, en Lucas Murillo de la Cueva, P. (Coord.), *Gobierno y Constitución: actas del II Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Madrid, 2005, pp. 489-532.

²⁹²Por cierto, adelantar desde ya, que también la audiencia de los interesados plasmada en artículo 105 letra c) CE puede tener una función participativa al intervenir en el procedimiento administrativo los intereses legítimos supraindividuales (colectivos y difusos).

Sin embargo, de acuerdo con una interpretación del artículo 105 a) CE conforme con el principio de participación de la Constitución, no existe obstáculo alguno para introducir en el procedimiento de elaboración algún momento de negociación, con un límite evidente en el Estado democrático, el que viene determinado por el hecho de que la potestad reglamentaria y la función de dirección política y de la Administración corresponden al Gobierno y, al mismo tiempo, se le atribuye la responsabilidad de su ejercicio. En definitiva, la audiencia alude, pues, a una pluralidad de formas de participación, pero siempre de efectos limitados, nunca decisorios por sí mismos²⁹³.

1.3. La configuración legal de la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas

Ya se ha señalado cómo la audiencia a los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales es un derecho de configuración legal, sin perjuicio de su eficacia inmediata y de su carácter vinculante para todos los poderes públicos. La ley realiza en relación con este principio constitucional una doble función: por un lado, lo convierte en un verdadero derecho subjetivo y, por otro, establece los cauces a través de los cuales canalizar ese derecho de participación determinando los trámites procedimentales que lo materializan²⁹⁴.

²⁹³Véase Rodríguez Pontón, F.J., “Participación ciudadana en la elaboración de los reglamentos y reserva de ley: algunas consideraciones”, *Revista Catalana Dret Públic*, N° 21, 1996, pp. 267-295.

²⁹⁴La Constitución impone el ejercicio de la potestad reglamentaria de las Administraciones Públicas dentro de un cauce formal y procedimental en el que quede garantizada la *participación de los ciudadanos* en la elaboración de los citados reglamentos. Ahora bien, conviene determinar a quién compete la regulación de ese procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias que contemple como cauce ineludible la audiencia de los ciudadanos.

La primera cuestión que hay que tener en cuenta es que el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general es un procedimiento administrativo especial. En efecto, y tal y como ha reiterado la jurisprudencia en numerosas ocasiones, el procedimiento reglamentario no forma parte del procedimiento administrativo común regulado en la Ley 30/1992²⁹⁵, sino que se configura como un procedimiento especial.²⁹⁶

La Ley 30/1992 únicamente se refiere al procedimiento de elaboración de disposiciones generales en el artículo 86.4, en el que señala que: *“conforme a lo dispuesto en las leyes, las Administraciones Públicas podrán establecer otras formas, medios y cauces de participación de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley en el procedimiento de elaboración de las disposiciones y actos administrativos”*. , pero sin apuntar expresamente ninguno de ellos en particular, y, además, considerando que dicho precepto se inscribe en la sección 4ª, en la que se regula *“la participación de los interesados”*, con lo que la audiencia pública y la información ciudadana previstas vienen referidas al procedimiento de elaboración de actos administrativos. Este procedimiento atiende al concepto de *interesado* en el procedimiento, lo que *no ocurre* en el caso de la elaboración de disposiciones administrativas de carácter general, en el que la jurisprudencia viene negando que se trate de un procedimiento contradictorio con la presencia de partes interesadas.

Actualmente, la regulación en materia de procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas se encuentra regulada de la siguiente

²⁹⁵El concepto de procedimiento administrativo común ha sido definido, entre otras, por la STC 227/1988, de 29 de noviembre y por la STC 50/1999, de 6 de abril.

²⁹⁶La Ley 30/1992 no ha agotado el contenido total que debe incluirse bajo la denominación *“procedimiento administrativo común”* que debería también regular el procedimiento de elaboración de disposiciones generales. En este sentido, cabe recordar, que la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 regulaba en sus artículos 129 a 132 (derogados por la Ley 50/1997, del Gobierno) el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general. Véase Delgado Barrio, J., *“Participación ciudadana y disposiciones generales”*, *Cuadernos Derecho Judicial*, Nº 32, 1994, pp. 111-141.

manera: el artículo 24 de la Ley 50/1997²⁹⁷, del Gobierno, regula el procedimiento aplicable a la Administración del Estado; las Comunidades Autónomas gozan de competencia exclusiva para regular el procedimiento aplicable para la aprobación de sus disposiciones propias; finalmente, las entidades locales se someterán para la aprobación de sus ordenanzas, al procedimiento previsto en el artículo 49 de la Ley 7/1985²⁹⁸.

²⁹⁷ Artículo 24. “Del procedimiento de elaboración de reglamentos.

1. La elaboración de los reglamentos se ajustará al siguiente procedimiento:

a) La iniciación del procedimiento de elaboración de un reglamento se llevará a cabo por el centro directivo competente mediante la elaboración del correspondiente proyecto, al que se acompañará un informe sobre la necesidad y oportunidad de aquél, así como una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar.

b) A lo largo del proceso de elaboración deberán recabarse, además de los informes, dictámenes y aprobaciones previas preceptivos, cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad del texto.

c) Elaborado el texto de una disposición que afecte a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, se les dará audiencia, durante un plazo razonable y no inferior a quince días hábiles, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición. La decisión sobre el procedimiento escogido para dar audiencia a los ciudadanos afectados será debidamente motivada en el expediente por el órgano que acuerde la apertura del trámite de audiencia. Asimismo, y cuando la naturaleza de la disposición lo aconseje, será sometida a información pública durante el plazo indicado.

Este trámite podrá ser abreviado hasta el mínimo de siete días hábiles cuando razones debidamente motivadas así lo justifiquen. Sólo podrá omitirse dicho trámite cuando graves razones de interés público, que asimismo deberán explicitarse, lo exijan.

d) No será necesario el trámite previsto en la letra anterior, si las organizaciones o asociaciones mencionadas hubieran participado por medio de informes o consultas en el proceso de elaboración indicado en el apartado b).

e) El trámite de audiencia a los ciudadanos, en sus diversas formas, reguladas en la letra c), no se aplicará a las disposiciones que regulan los órganos, cargos y autoridades de la presente Ley, así como a las disposiciones orgánicas de la Administración General del Estado o de las organizaciones dependientes o adscritas a ella.

f) Junto a la memoria o informe sucintos que inician el procedimiento de elaboración del reglamento se conservarán en el expediente todos los estudios y consultas evacuados y demás actuaciones practicadas.

2. En todo caso, los proyectos de reglamentos habrán de ser informados por la Secretaría General Técnica, sin perjuicio del dictamen del Consejo de Estado en los casos legalmente previstos.

3. Será necesario informe previo del Ministerio de Administraciones Públicas cuando la norma reglamentaria pudiera afectar a la distribución de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

4. La entrada en vigor de los reglamentos aprobados por el Gobierno requiere su íntegra publicación en el “Boletín Oficial”.

²⁹⁸ Artículo 49: “La aprobación de las Ordenanzas locales se ajustará al siguiente procedimiento:

a) Aprobación inicial por el Pleno.

b) Información Pública y audiencia de los interesados por el plazo mínimo de treinta días para la presentación de reclamos y sugerencias.

Así pues, con arreglo a estas previsiones legales cabe señalar que el principio constitucional de audiencia a los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales carece de una plasmación legal de alcance general. En este sentido, la Ley 30/1992 ha perdido la oportunidad de regular los trámites esenciales de los procedimientos reglamentarios.

Finalmente, como se ha observado, la autonomía del legislador –estatal, autonómico y local- no es completa ya que debe partir necesariamente de la observancia del trámite de audiencia a los ciudadanos interpretado sistemáticamente de acuerdo con esa idea participativa que recoge la Constitución de diversos preceptos.

1.4. Los sujetos llamados a la audiencia: los ciudadanos. El requisito de la afectación y la presencia del interés.

El artículo 105 a) CE asigna la *audiencia a los ciudadanos*, quienes pueden ejercerla directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley. Del precepto resalta la admisión de la *participación directa* de los ciudadanos como innovación en cuanto a los sujetos de la participación procedimental respecto a las formas prevista en las leyes preconstitucionales (LPA especialmente)²⁹⁹. En efecto, se prevé la

c) *Resolución de todas las reclamaciones y sugerencias presentadas dentro de plazo y aprobación definitiva por el Pleno.*

En el caso de que no se hubiera presentado ninguna reclamación o sugerencia, se entenderá definitivamente adoptado el acuerdo hasta entonces provisional”.

²⁹⁹Con anterioridad, la información pública era la única forma de participación directa del ciudadano, pero sólo en determinadas leyes era preceptiva, como es el caso de la Ley del Suelo. Véase Orduña Prada, E., “La participación ciudadana directa en el proceso de formación de los planes urbanísticos según la jurisprudencia”, *Revista Estudios Administración Local*, N° 294-295, 2004, pp.315-360.

participación del ciudadano no sólo a través de asociaciones y organizaciones reconocidas por la ley sino también *directamente*³⁰⁰.

Por otra parte, la Constitución, -del mismo modo que el artículo 24.1 c) de la Ley del Gobierno-, no entrelaza la posibilidad de participación en el procedimiento de elaboración de reglamentos con la presencia de los *interesados* para poder relacionarla con la del “*afectado*”³⁰¹, contrariamente, a cuanto sucede en el artículo 105 c) CE para el procedimiento administrativo ordinario.

Las posiciones doctrinales y jurisprudenciales respecto a la necesidad del requisito de *interés* para determinar la participación del ciudadano “*afectado*” en la elaboración de disposiciones administrativas no son uniformes. En primer lugar, destaca el pronunciamiento del Alto tribunal en la sentencia 61/1985, de 8 de mayo, la cual señala: “.... *Nos encontramos en realidad, en el caso de una disposición de carácter general y, por tanto, del procedimiento para su elaboración y en él no tuvo que ser parte procedimental la COAG, pues en tal procedimiento no hay interesados que tengan que ser llamados a adoptar en el mismo la posición de “interesados”. La audiencia de los ciudadanos directamente o a través de organizaciones y asociaciones no constituye ni a aquéllos ni a éstas en interesados en el sentido de partes procedimentales necesarias. Se trata de un caso de participación funcional en la elaboración de disposiciones de carácter general... a las que, aun participando en el procedimiento, no se les asigna el carácter de parte procedimental (o interesado), con lo que esto entraña a los efectos de su llamada al ulterior proceso contencioso-administrativo*”³⁰².

³⁰⁰ Así, se justifica que en otros sectores donde la participación ocupa un lugar destacado, como el medio ambiente, el de los consumidores y el municipal, tiende a favorecerse la participación de forma organizada.

³⁰¹ En este punto, la Constitución adopta el término “*que les afecten*” ya previsto en el artículo 130.4 LPA para entidades que habían de ser consultadas.

³⁰² En la citada sentencia se deniega el amparo solicitado por la Confederación de Organizaciones de Agricultores y Ganaderos (COAG) contra una sentencia del Tribunal Supremo, por no haber sido ella

Del párrafo transcrito se pueden extraer al menos dos consecuencias principales: primera, la audiencia a una entidad en la elaboración de una disposición general no la convierte en interesada para ser llamada en un posterior recurso contencioso; y segunda, la no aplicación del concepto interesado al artículo 105 a) CE, pues se trata de un supuesto de participación de los ciudadanos desligado de la categoría de aquél.³⁰³ Con todo, subsiste la misma interrogante: ¿quién será calificado como afectado? ¿Quién debe ser llamado por la Administración para participar en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas?

Una primera aproximación a estas dudas parte de recordar quiénes son los titulares del derecho de audiencia según se desprende de la Constitución. Éstos no son otros que los *ciudadanos*. En este sentido, debe tenerse presente que la acción popular ha servido, en el plano de la legitimación procesal, para superar los límites subjetivos derivados de la aplicación del concepto de interés legítimo³⁰⁴. No obstante ello, esta figura no es trasladable al ámbito de la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas, pues, de la redacción literal del artículo 105 a) CE no cabe generalizar una legitimación completamente abierta.

emplazada personalmente en un proceso contencioso del que se estimaba *interesada*, siendo ello contrario al artículo 24 CE.

Sin embargo, no se entiende la razón por la que el Tribunal Constitucional niega a la COAG su participación en el procedimiento de elaboración de una orden ministerial relativa al sector agrario, argumentando que *“en tal procedimiento no hay interesados que tengan que ser llamados a adoptar en el mismo la posición de “interesados” como partes procedimentales necesarias”*. Si se tiene en cuenta que él mismo ha rechazado la aplicación de la categoría interesados al artículo 105 a) CE. Lo que, ciertamente, sí que existen en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales son *“afectados”* y la COAG puede considerarse una organización afectada por la orden ministerial, de ahí, que esté justificada su participación.

³⁰³Véase Delgado Barrio, J. “La participación ciudadana y disposiciones generales”, *Cuadernos Derecho Judicial*, N° 32, 1994, pp. 111-141.

³⁰⁴Se aprecia el carácter restrictivo del artículo 105 a) CE en materia participativa al conectar su titularidad al concepto de afectado, ya que obliga a utilizar la panoplia conceptual de derechos e intereses, a diferencia de la acción pública, y a trasladar la carga de la prueba de una afectación tangible a los ciudadanos. Véase Sánchez Blanco, A., “Sujetos, actores y factores en el procedimiento administrativo”, *Revista Administración Pública*, N° 111, 1986, pp. 95-185.

Una de las vías para abordar la cuestión de quiénes son los ciudadanos afectados del artículo 105 a) CE consiste en establecer un paralelismo entre el ámbito del procedimiento de elaboración de reglamentos con el procedimiento de impugnación y el procesal, en los que aparece la categoría jurídica de los *intereses legítimos*, que supera la del interés directo y que, actualmente, se extiende a los intereses supraindividuales colectivos y difusos que emanan de la sociedad o de la pluralidad de grupos sociales. Es lo que entre la doctrina se ha designado como otorgar relevancia jurídica a algunos intereses sociales, sean difusos o colectivos, superando los intereses directos e individualizados que han caracterizado la teoría iuspublicista forjada en el marco del Estado liberal³⁰⁵. Con esta solución se reducen *de facto* las diferencias entre el ciudadano afectado y el interesado, como *sujeto de la participación*³⁰⁶.

Este es el camino escogido por el Tribunal Supremo, como se desprende de la sentencia de 19 de mayo de 1988 (Ar.5060), la cual, critica la argumentación de la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1985, de 8 de mayo, que se acaba de exponer: *“en tal procedimiento (de elaboración de reglamentos) no hay nadie que tenga que ser llamado con ese carácter (partes procesales necesarias)”*, agrega: *“que la vinculación entre tales intereses (de que fueren portadores las entidades del artículo 130.4 LPA) y la norma que de alguna manera les afecta reconduce el planteamiento al ámbito de la legitimación activa, si se recuerda que ésta consiste en una relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto...”*.

³⁰⁵Véase Pérez Alfonso, A. “Crisis de la participación administrativa”, *Revista Administración Pública*, Nº 119, 1989, pp. 93-118.

³⁰⁶Véase Castellà Andreu, J.M., “La participación ciudadana en la Administración Pública (Estudio del artículo 105 a) de la Constitución)”, *Revista Vasca Administración Pública*, Nº 34, 1992, pp. 39-83.

De esta forma, se obtiene un criterio general para precisar el concepto constitucional de *afectado* que, al mismo tiempo, que amplía el círculo de los legitimados para intervenir en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas más allá de los directamente interesados, no lo hace hasta el punto de prescindir de una vinculación entre la disposición que se somete a la audiencia y los ciudadanos llamados a la misma, según se deduce de la redacción literal del precepto constitucional³⁰⁷.

1.5. Las garantías procedimentales mínimas de la participación ciudadana: el trámite de audiencia a los ciudadanos y la información pública

Con independencia del ámbito legislativo en que se desarrollen las previsiones constitucionales, lo cierto es que la eficacia directa e inmediata del artículo 105 a) CE impone una participación funcional en el procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias que se canalizan a través de la *audiencia a los ciudadanos* configurada como trámite preceptivo que debe considerar el legislador cualquiera que sea el ámbito territorial y sectorial al que se refiera la ley³⁰⁸.

³⁰⁷Quedan al margen los supuestos de legitimación completamente abierta representados por la *información pública* que el legislador pueda incorporar sea en la legislación sectorial o general. Pero, en este último caso, ya no se estaría ante un derecho constitucional sino legal. García García, M.J., “La participación ciudadana en la elaboración de disposiciones reglamentarias: participación funcional e iniciativa reglamentaria”, *Revista Catalana Dret Públic*, N° 37, 2008, pp. 417-460.

³⁰⁸Cabe recordar, que el artículo 105 CE no vincula solamente a la Administración del Estado como Administración Central del mismo, sino al conjunto de las Administraciones Públicas, por tanto, también a la Administración autonómica y a la local.

A) El trámite de audiencia

El trámite de audiencia requiere del órgano que instruye el procedimiento una actividad configurada técnicamente como carga, concretada en la llamada a las organizaciones, asociaciones o sujetos que necesariamente deben ser convocados, pues en otro caso, el procedimiento quedaría viciado e incluso la disposición resultante podría estar incurso en nulidad. Lo importante del trámite de audiencia es que la Administración dé oportunidad a los sujetos afectados por la norma de pronunciarse al respecto, con independencia del resultado de este llamamiento, es decir, con independencia de que los sujetos llamados hagan uso de esta posibilidad en tiempo y plazo.

Este trámite será procedente cuando el proyecto de reglamento afecte a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, en cuyo caso se les dará audiencia, bien directamente, bien a través de las organizaciones o asociaciones que representen sus derechos e intereses. Entonces, cabe, por tanto, destacar dos tipos de audiencia desde el punto de vista de los sujetos llamados a ejercer este derecho: la audiencia directa a los ciudadanos, o bien una audiencia corporativa a través de organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición³⁰⁹.

La jurisprudencia ha perfilado algunos de los criterios que la Administración debe tomar en consideración para la elección de una u otra forma de audiencia. Así, por ejemplo, en aquellos supuestos en que las circunstancias permitan a la Administración conocer a los sujetos afectados por tratarse de una disposición reglamentaria que se dirige a sectores

³⁰⁹ Hay que señalar que del trámite de audiencia quedan excluidas las Administraciones Públicas en sus distintas manifestaciones. Véase Melero Alonso, E., “La democracia orgánica y el trámite de audiencia en la elaboración de los reglamentos”, *Revista Estudios Políticos*, N° 126, 2004, pp. 237-264.

fuertemente intervenidos por ella con un reducido número de afectados, debe darse prioridad a la *audiencia directa* sobre la corporativa³¹⁰.

Por lo que se refiere al trámite de *audiencia corporativa*, ha sido objeto de una interpretación restrictiva por parte de la jurisprudencia, entendiendo que únicamente es preceptivo cuando se trate de asociaciones o colegios profesionales en que la permanencia a los mismos no sea de carácter voluntario y representen intereses de carácter general o corporativos, siendo facultativo el trámite cuando la pertenencia a dichas asociaciones tenga carácter voluntario. De este modo, se establece una distinción entre asociaciones de afiliación obligatoria y las que son de carácter meramente facultativo para los miembros que las constituyen. Sólo en el primer caso el requisito de la previa audiencia es insoslayable y da lugar normalmente a la nulidad de procedimiento en que se hubiese omitido³¹¹.

³¹⁰Es el supuesto que plantea la Sentencia 518/2006 del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, que se pronuncia sobre el procedimiento de elaboración del Decreto del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura 13/2004, de 26 de febrero, por el que se regula el procedimiento de control de la continuidad del suministro eléctrico y las consecuencias derivadas de su incumplimiento. En la elaboración del citado decreto, la Administración optó por otorgar un trámite de audiencia corporativa en lugar de un trámite de audiencia directa. Así, la Administración dio audiencia a las cámaras oficiales de Comercio e Industria de Badajoz y Cáceres. Considera la sentencia citada, que en este caso, lo prudente hubiera sido otorgar audiencia directamente a las empresas suministradoras de energía eléctrica, dado que se trata de un sector fuertemente intervenido por la finalidad de prestación de un servicio público esencial, lo que permite a la Administración conocer las reducidas empresas que conforman el sector. Es decir, existiendo la posibilidad de audiencia directa carece de fundamento acudir a los intereses generales de una corporación de derecho público como es la Cámara de Comercio de Badajoz.

³¹¹Por otra parte, esta interpretación choca con el contenido de determinadas normas que fomentan el *asociacionismo* y lo potencia como *cauce de participación ciudadana*. Es el caso del artículo 71 de la LRBRL, que prevé mecanismos formales como la inscripción en el registro de asociaciones que garantizan el conocimiento de las mismas por parte de la Administración municipal. Sin embargo, y de acuerdo con esta interpretación jurisprudencial, su consideración como cauce de participación tendría más relevancia en su aspecto orgánico, por la participación en determinados órganos de gobierno municipal –como las comisiones sectoriales–, que en su vertiente funcional, donde quedarían en principio excluidas del trámite preceptivo de audiencia. En este sentido, se ha propuesto la creación de registros administrativos de asociaciones en los que se deberían inscribir aquellas asociaciones que aspiran a ser llamadas por la Administración cuando se elabore una disposición que pudiera afectarles. Véase Alonso García, E., “La participación de los individuos en la toma de decisiones relativas al medio ambiente en España. Aspectos Constitucionales”, *Revista Española Derecho Administrativo*, N° 61, 1988, pp. 49-65.

La jurisprudencia ha insistido en que el interés general o corporativo supuestamente afectado ha de serlo de manera directa y efectiva y este ha de ser el criterio que ha de marcar la pauta de qué ciudadanos han de ser oídos y a través de qué organizaciones o asociaciones se instrumentará la audiencia, pues habrá ocasiones en que a pesar de existir asociaciones u organizaciones de carácter oficial y de afiliación obligatoria, éstas no sean las más adecuadas para ejercer el trámite de la audiencia por no existir vinculación directa de sus fines con el objeto de la disposición, siendo más adecuado conceder tal audiencia a otras organizaciones aunque sean de afiliación voluntaria que sí resulten afectadas en sus derechos o intereses³¹².

En todo caso, la jurisprudencia ha restringido la consideración de la audiencia como un derecho subjetivo limitándola únicamente a los supuestos de entidades que ostenten la representación y defensa de los intereses generales o corporativos en las que la afiliación y pertenencia a las mismas presenten carácter obligatorio³¹³. Lo anterior no ha de entenderse en el sentido de que quede excluida toda intervención en el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general de asociaciones distintas a las citadas. Así, por una parte, la propia Administración puede otorgar con carácter facultativo audiencia a otras entidades o asociaciones aunque no sean de afiliación obligatoria. En tal caso, la audiencia es facultativa y no preceptiva y, por consiguiente, estas entidades no ostentan un derecho subjetivo a la audiencia, si bien ello no quiere decir que la audiencia en tales

³¹²Así ocurrió, por ejemplo, en la STS de 15 de julio de 2003, en donde se planteaba la corrección del procedimiento de elaboración de una disposición reglamentaria que regulaba la tenencia de animales potencialmente peligrosos. En este supuesto, la sentencia determinó que no era preceptiva la audiencia al Colegio Oficial de Veterinarios de Barcelona y se entendió que los derechos o intereses legítimos que podrían verse afectados por tal disposición eran los de aquellos poseedores de estos animales así como quienes se dediquen a su cría y educación. En este caso, el Tribunal entendió correcto que la audiencia se articulara a través de la Real Sociedad Canina de España y de sus asociadas como son los distintos clubes representativos de diferentes razas.

³¹³Es decir, sólo obliga a la Administración en cuanto a las organizaciones y asociaciones “reconocidas por la ley”.

casos no sea aconsejable y pertinente³¹⁴. Así, aquellas asociaciones que se personen en el procedimiento e invoquen que el objeto de la disposición afecta a sus derechos e intereses podrán comparecer en el expediente y tener participación y garantía que es propia de la audiencia reglada en el artículo 105 a) CE³¹⁵.

Ahora bien, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha resaltado que la audiencia corporativa no constituye un derecho incondicionado ni siquiera para las asociaciones que pudieran conceptuarse de carácter obligatorio. Según la citada jurisprudencia, el trámite de audiencia corporativa es un instrumento de la audiencia a los ciudadanos que puedan verse afectados por la disposición proyectada según el artículo 105 a) CE, pero no es el único, sino solo uno de los posibles procedimientos que la Administración puede escoger. Lo preceptivo es la audiencia al ciudadano, que podrá instrumentarse si así se acuerda mediante el trámite de audiencia a las asociaciones representativas de los intereses que puedan verse afectados, pero que podrá cumplirse previa decisión motivada del órgano competente mediante cualquier otro procedimiento que aquél escoja³¹⁶.

El sentido del artículo 105 a) CE es establecer la participación de los ciudadanos directamente o a través de organizaciones y asociaciones legalmente reconocidas y, así, el artículo 24 de la Ley del Gobierno ofrece un amplio elenco de posibilidades para alcanzar dicho objetivo: *la audiencia directa a los afectados, la audiencia a través de asociaciones u*

³¹⁴Véase STS de 12 de noviembre de 2004.

³¹⁵Véase STS de 7 de febrero de 2007 al señalar “... para que el procedimiento de elaboración de disposiciones generales se desarrolle regularmente, es preciso que a los sindicatos y asociaciones empresariales y, en su caso, los colegios profesionales a los que se refieren respectivamente los artículos 7 y 36 de la Constitución, se les comunique la tramitación del expediente cuando la proyectada disposición afecte directamente a intereses comprendidos en el ámbito de los fines propios de la organización en cuestión”.

³¹⁶A esto se refiere la STC 61/1985 cuando señala que “lo que el artículo 105 de la Constitución recoge es un caso de participación funcional del administrado en la elaboración de disposiciones de carácter general, directamente o mediante organizaciones de representación de intereses, normalmente mediante un trámite de información pública o de informe preceptivo”.

organizaciones representativas, la solicitud a éstas de informes o estudios; en ocasiones, incluso, la audiencia se entiende cumplida por la intervención en el procedimiento de órganos mixtos cuando las organizaciones y asociaciones afectadas forman parte de un órgano administrativo que ha participado en la elaboración del texto normativo a través de la emisión de *informes*³¹⁷.

En efecto, en determinados supuestos, se puede prescindir del trámite de la audiencia si a lo largo de la tramitación del procedimiento ha existido algún tipo de intervención de las asociaciones representativas de intereses afectadas por la disposición que garantiza que han tenido ocasión de manifestarse en este sentido. El propio artículo 24 de la Ley del Gobierno contiene algunos de estos supuestos, indicando, por ejemplo, en su apartado d) *que no será necesario el trámite de audiencia a los ciudadanos si las organizaciones o asociaciones mencionadas hubieran participado por medio de informes o consultas en el procedimiento de elaboración* indicado en el apartado b) del mismo artículo. Este presupuesto ha de considerarse no sólo cuando el informe procede directamente de la asociación en cuestión, sino también cuando se ha emitido por un órgano administrativo en el que estaban representadas esas organizaciones.

³¹⁷Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Región de Murcia 257/2003, de 18 de julio, que considera cumplida la exigencia de consulta a los ciudadanos a través de organizaciones o asociaciones con la emisión de un informe por parte del Consejo Asesor de Pesca y Acuicultura del que forman parte representantes de la Administración autonómica y de la estatal, y además, representantes de los pescadores (presidente de la Federación de Cofradías de pescadores, patrones mayores de las cofradías de pescadores de la Región de Murcia, presidente de la Federación Murcia de Pesca), representantes de las industrias (industria conservera de productos pesqueros), representantes sociales (asociaciones ecologistas y protectoras de la naturaleza) y otros miembros, lo que supone que en el consejo están representados los distintos sectores sociales que pudieran verse afectados por la norma.

B) Información pública

Junto al trámite de la audiencia, las leyes prevén también el de *información pública* con el objetivo de garantizar la participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias. Es decir, instar a quienes tengan interés o lo deseen expresar sus opiniones para que sirvan de fuente de información de la Administración y puedan favorecer así el acierto y oportunidad de la medida que se vaya a adoptar, así como establecer un cauce para la intervención de los intereses supraindividuales de los potencialmente afectados³¹⁸.

Así, el artículo 24 de la Ley 50/1997 distingue claramente ambos trámites. Por su parte, el artículo 49 de la Ley reguladora de las bases del régimen local establece que las ordenanzas locales requerirán información pública y audiencia a los interesados por el plazo mínimo de 30 días para la presentación de reclamaciones y sugerencias³¹⁹.

A la vista de estos preceptos se plantea una primera interrogante y es determinar si ambos trámites son acumulativos o alternativos y si la información pública es la forma en que se canaliza la audiencia directa a los ciudadanos, cuestión que se ha planteado sobre todo en relación con el procedimiento de aprobación de disposiciones reglamentarias de carácter estatal.

En efecto, la STS de 12 de febrero de 2002, al analizar el artículo 24.1 c) de la Ley 50/1997, de organización y funcionamiento del Gobierno, señala que, este artículo distingue claramente entre audiencia a los ciudadanos

³¹⁸Véase Meseguer Yebra, J., *El trámite de información pública en el procedimiento administrativo*, Bosch, Barcelona, 2001, pp. 9 y ss.

³¹⁹El fundamento de la *información pública* se encuentra también en el artículo 105 de la Constitución, si bien en su configuración legislativa adquiere un tratamiento y una justificación diferenciada del trámite de audiencia. Véase González García, J.V., “Participación ciudadana en la elaboración de disposiciones de carácter general”, *La ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Legislación*, Nº 2, 1992, pp. 635-643.

afectados e información pública. La primera es preceptiva siempre y puede llevarse a cabo bien de forma directa o bien a través de las organizaciones y asociaciones representativas reconocidas en la ley, en tanto que la segunda, encaminada a oír a la generalidad de los ciudadanos, resulten o no afectados sus derechos o intereses legítimos, sólo procede en los casos en que la naturaleza de la disposición lo aconseje o lo imponga así una norma. Y respecto a la exigencia de motivación sobre el establecimiento o no del trámite de información pública en el procedimiento administrativo, ésta sólo resultará exigible cuando la Administración opte por abrir dicho trámite, no siendo necesaria la motivación en otro caso³²⁰.

Sin embargo, en la misma sentencia se recoge un voto particular que discrepa de esta postura al considerar los trámites de audiencia e información pública no como trámites acumulativos sino alternativos. De acuerdo con esta tesis, la información pública no sería un trámite acumulativo, sino el cauce o forma de hacer efectiva la audiencia singular o

³²⁰El texto de la citada sentencia indica: “que se trata de supuestos distintos resulta no sólo de la expresión *ciudadanos afectados* que utiliza la norma para establecer la necesidad de motivar la decisión que se adopte en cuanto al procedimiento a seguir, sino también del adverbio “*asimismo*” que tiene carácter claramente acumulativo y no alternativo. No es que deba optarse entre audiencia pública y audiencia a los ciudadanos afectados, la segunda es preceptiva en todos los casos, en tanto que la primera está en función de la naturaleza de la disposición. La opción, en lo que atañe a la segunda, se concreta al procedimiento elegido para llevar a cabo la audiencia, procedimiento que comprende tantos aspectos formales como subjetivos y entre los primeros, naturalmente, el de si la audiencia ha de ser directa o por medio de representantes o asociaciones representativas legalmente reconocidas. Pretender reducir la opción “*información pública versus audiencia a ciudadanos afectados*”, así como la exigencia de motivación a supuestos en que se opte por la información pública es, en nuestra opinión, simplemente contrario a la norma y carente de fundamento, en otro caso debía haberse establecido con claridad el carácter alternativo entre la audiencia a los afectados y la información pública abierta a la generalidad de los ciudadanos, lo que la ley manifiestamente no hace”.

Establecido que los trámites de audiencia a los ciudadanos e información pública son acumulativos y no alternativos, la exigencia de motivación en los supuestos en que se opte por llevar a cabo la audiencia pública, resulta del significado del adverbio “asimismo”, que no es otro que “del mismo modo”, por tanto, si la decisión de abrir período de información pública debe efectuarse “del mismo modo” que aquella en la que se establece el procedimiento para llevar a cabo la audiencia de los ciudadanos afectados, es claro que tal decisión debe ser motivada en función de la naturaleza de la disposición.

Tal motivación no será necesaria, por el contrario, cuando no se abra la información pública porque éste es el supuesto normal previsto en la norma, ésta sólo prevé la posibilidad de llevar a cabo tal trámite cuando lo aconseje la naturaleza de la disposición”.

directa a los ciudadanos. Según esta opinión, “*la audiencia directa de los interesados en el procedimiento como audiencia diferenciada de la audiencia corporativa se instrumenta a través de la información pública*”. Y la decisión de no someter a información pública debe ser motivada, motivación que debe versar acerca de lo que la naturaleza de la disposición aconseje.

Esta no es, sin embargo, la interpretación que ha prevalecido³²¹. Hay que tener en cuenta que la finalidad de ambos trámites no es del todo coincidente. En el primer caso se trata de dar oportunidad a los sujetos que pueden ser afectados en sus derechos o intereses legítimos por la disposición que se adopte, es decir, de manifestar lo que a su derecho o interés convenga y, también como consecuencia, garantizar el acierto y oportunidad de la norma. En el segundo caso, la información pública va dirigida a la generalidad del público y es garantía de acierto y oportunidad de la norma, ya que dicho trámite va referido a un interés general que trasciende el propio de quienes pueden verse directamente afectados en sus derechos e intereses, y supone una garantía de *participación* en la formulación de las normas que van dirigidas a toda la colectividad³²².

En efecto, se puede reconocer una cierta complementariedad entre ellos, puesto que la participación de un ciudadano o de un grupo de ciudadanos en un procedimiento en defensa de sus intereses no significa que su aportación no pueda ser considerada desde el punto de vista del acierto y oportunidad de la norma y, a la inversa, no puede negarse radicalmente que la

³²¹Por ejemplo, el artículo 49 LRBRL impone sucesivamente ambos trámites, quizás por considerar que la proximidad de la Administración local a los administrados es un factor que aconseja la información pública en todo caso. Véase Fernández Ramos, S., *La información y participación ciudadana en la Administración local*, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 207 y ss.

³²²Véase Sánchez Morón, M., “Información y participación ciudadana en la Administración Local”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares*, N° 3, 1993, pp. 79-94.

participación en el trámite de información pública no implique igualmente una garantía en defensa de ciertos intereses³²³.

El trámite de información pública se articulará por tanto en aquellos casos en que lo exija la ley, o bien cuando la naturaleza de la disposición lo aconseje por referirse a ámbitos o materias con un grado importante de discrecionalidad, de tal forma que la Administración pueda elegir entre varias opciones, todas ellas en principio válidas. En estos supuestos es necesario que a la hora de decidir tenga en su presencia todos los intereses en juego con el fin de poder adoptar la decisión más acorde con la finalidad que subyace en cada potestad administrativa.

De este modo, la intensidad de la participación ciudadana a través del trámite de información pública será desigual y vendrá condicionada por el carácter o contenido de la norma. Así, por ejemplo, será un cauce de participación ineludible en el procedimiento de elaboración de disposiciones normativas cuando éstas se refieran a materias especialmente relevantes para los ciudadanos, ya sea por la proximidad de la Administración a los mismos (es el caso de la Administración local), ya por tratarse de materias sectoriales con incidencia en la calidad o en las condiciones de vida de los administrados (urbanismo, medio ambiente, etc.) en las que cabe un amplio margen de decisión y configuración por parte de la Administración. Por tanto, en aquellos casos en que la información pública no venga directamente impuesta por una norma legal entrará en juego la discrecionalidad de la Administración, que será quien deba apreciar si la naturaleza de la disposición aconseja articular este trámite en el procedimiento de elaboración de la disposición administrativa³²⁴.

³²³Véase Rodríguez Pontón, F.J., “Participación ciudadana en la elaboración de los reglamentos y reserva de ley: algunas consideraciones”, *Revista Catalana Dret Públic*, N° 21, 1996, pp. 267-295.

³²⁴Téngase en cuenta que en sede jurisdiccional se analizará la adecuación de la norma a la legalidad, pero no su conveniencia u oportunidad, de ahí la importancia de que en sede administrativa queden debidamente expuestos estos criterios.

Ahora bien, la Administración puede hacer uso de la información pública como trámite complementario de la audiencia, pero no puede sustituirla cuando ésta última es preceptiva, esto es, cuando existan asociaciones o corporaciones de afiliación obligatoria (audiencia corporativa) o bien cuando existen sujetos individualizados y determinados que resulten afectados por la resolución (audiencia directa). Entonces, la información pública será alternativa de la audiencia en aquellos casos en que ésta sea facultativa, es decir, que afecte a asociaciones o agrupaciones de intereses de carácter voluntario y en aquellos casos en que la ley reconozca el derecho a su participación, pero sin canalizarla a través del trámite de audiencia³²⁵. La información pública comporta la posibilidad de que todos los interesados presenten alegaciones al proyecto y satisface suficientemente el derecho de participación de las organizaciones organizadas afectadas, puesto que el carácter convocatorio y público de la información, el plazo que se concede para la presentación de escritos y el trámite de examen y aprobación de las reclamaciones y sugerencias por parte del órgano competente son suficientes para que pueda entenderse colmado el derecho de participación³²⁶.

Por otra parte, desde el punto de vista de la eficacia, la información pública constituye un modo práctico y efectivo de permitir a todos y cada uno de los ciudadanos su *participación* en la adopción de disposiciones administrativas, ya que frente a las dificultades de la Administración para

³²⁵ Así, por ejemplo, en el caso de las asociaciones de consumidores y usuarios, la STS de 15 de julio de 2003, ha señalado, en relación con el artículo 2.1 e) de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores: *“que dicho artículo implica, en su contenido mínimo, ofrecer la oportunidad a las entidades representativas de formular alegaciones u observaciones antes de la aprobación de la disposición general para lo que es suficiente que su participación en la elaboración de una disposición municipal que puede afectarlas haya sido articulada mediante un trámite convocatorio y general de información pública”*.

³²⁶ La posibilidad de considerar adecuada la información pública para dar cumplimiento al artículo 105 a) de la Constitución siempre y cuando se haya permitido a las entidades representativas las mismas posibilidades que les otorga la audiencia. Véase Rebollo Puig, M., “La participación de las entidades representativas de intereses en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas generales”, *Revista Administración Pública*, N° 115, 1988, pp. 99-166.

hacer un llamamiento individual o singularizado a todos los posibles afectados por una disposición de carácter general, la información pública se presenta como una fórmula más sencilla y eficaz para dar a conocer la tramitación y el contenido de una determinada disposición de carácter reglamentario que la Administración se propone aprobar. Hay que tener presente, que la información pública garantiza el conocimiento generalizado de estos extremos y aunque dirigida a la generalidad de los ciudadanos, no excluye la posibilidad de realizar alegaciones por los ciudadanos afectados que se personen en el procedimiento. Así pues, este trámite es un forma de instar a quienes tengan interés o deseen expresar sus opiniones a los efectos de que sirvan como fuente de información de la Administración para garantizar el acierto y oportunidad de la norma que se vaya a adoptar, pero al mismo tiempo, supone establecer un cauce para la defensa de los intereses individuales o colectivos que puedan verse afectados.

En todo caso, la eficacia de las alegaciones realizadas no difiere en uno y otro caso, puesto que ni las alegaciones efectuadas sobre la base del trámite de información pública ni las realizadas con apoyo en el trámite de audiencia garantizan que la Administración vaya a resolver en el sentido alegado, sino únicamente que ella va a contar con más elementos de juicio antes de adoptar su decisión o aprobar el reglamento, en este caso. Además, ninguno de los dos trámites confiere al sujeto la condición de interesado en el procedimiento como ha resaltado la jurisprudencia³²⁷.

Finalmente, sólo resta añadir que, en aras de conseguir la máxima eficacia en el trámite de información pública, sería deseable que las leyes regulasen algunos aspectos sobre ella, tales como, la necesidad de dar

³²⁷En este sentido, la STC 61/1985, de 8 de mayo, señala: *“Este tipo de inserción de los administrados en un procedimiento de elaboración de normas no puede otorgarles el carácter de partes procedimentales, que más bien hay que juzgar reservado a aquellos casos en que el procedimiento se inicie a instancia de parte o que existan interesados comparecidos que ostenten facultades y derechos procedimentales sobre los que recaen obligaciones y cargas de este tipo, a los que hay que notificar la resolución final”*.

respuesta motivada por parte de la Administración a los ciudadanos e, incluso, se estableciera el deber de suministrar información a los mismos y al público en general sobre el resultado de las consultas o períodos de audiencia, lo que limitaría la discrecionalidad de la Administración a la hora de apreciar las alegaciones realizadas³²⁸.

1.6. Conclusión

En resumen, del artículo 105 a) CE resaltan dos importantes innovaciones en el tema de la participación procedimental respecto a las formas de la misma previstas en las leyes preconstitucionales: contempla la *participación del ciudadano* no sólo a través de asociaciones u organizaciones reconocidas por la ley, sino también *directamente* y, separa, a su vez, la participación del concepto de *interesado* para anudarlo al, aparente más amplio de “afectado”³²⁹.

En efecto, la participación directa de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas está justificada plenamente en ámbitos como la legislación urbanística, pero con independencia de su constitucionalización y del carácter dinamizador de la misma, puede resultar más efectiva si se lleva a cabo a través de asociaciones.

Por lo que se refiere al segundo punto y, como ya se ha dicho, la participación del ciudadano está desligada del concepto de interesado, al menos del concepto jurídico formal de interesados en el procedimiento administrativo del artículo 31 de la Ley 30/1992, la que amplía el concepto de interés legítimo incorporando a los intereses colectivos, superando con ello el

³²⁸Ejemplo de ello es la Ley 27/2006, de 18 de julio, de Protección del Medio Ambiente, regula los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia ambiental.

³²⁹Adviértase, que perdura en el artículo 105 c) para el procedimiento administrativo ordinario la mención “interesado”.

estricto concepto de intereses directos e individualizados que han caracterizado la teoría iuspublicista forjada en el Estado liberal³³⁰.

Entonces, el entronque del principio de audiencia y, más genéricamente, del principio de participación de los ciudadanos en la Administración Pública con el principio general de participación (artículos 9.2 CE, 23.1 CE) así como con los principios del Estado democrático y social (artículo 1.1 CE), lleva a plantearse el carácter abierto y dinámico de tales principios. Y, precisamente, en este sentido progresivo, es donde se encuentra el fundamento constitucional de una correcta regulación legislativa que desarrolle el artículo 105 a) de la Constitución, ya sea a través de las formas participativas actualmente reconocidas por el derecho positivo (información pública, informes, etc.), ya sea dando entrada, al mismo tiempo, a otras modalidades participativas del ciudadano en la elaboración de disposiciones administrativas (por ejemplo, la iniciativa reglamentaria, consultas populares).

2. El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos: artículo 105 b) CE

Si bien el artículo 103.1 CE –que, como es sabido, es el precepto de la Constitución que enuncia los principios básicos que rigen la actuación de las Administraciones Públicas- no menciona entre los mismos el principio de publicidad de la acción administrativa, la doctrina iuspublicista conviene en afirmar su vigencia, y no sólo como consecuencia de entender que la Constitución contiene en su globalidad un principio general de publicidad aplicable a la entera actuación de todos los poderes públicos, sino a la vista, precisamente, de aquel concreto precepto constitucional que encomienda al

³³⁰Reiterar, que el amplio concepto de *interés legítimo* que incluye a los intereses colectivos reduce las diferencias entre “interesado” y “afectado” en el procedimiento administrativo.

legislador *regular el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativo: el artículo 105 b)*³³¹.

Pues bien, este principio de publicidad tiende a garantizar un estado o condición de visibilidad de la acción administrativa, es decir, de accesibilidad de las fuentes de información administrativas y, contrapuestas, por tanto, a la idea de secreto y reserva. Su fundamento es siempre el mismo: el principio democrático en su vertiente de control por la ciudadanía de la actividad de las Administraciones Públicas, como organizaciones esencialmente serviciales que son. Y sus manifestaciones básicas son dos: la publicidad de la información, plasmada en documentos en poder de la Administración y la publicidad de las sesiones de los órganos colegiados de la Administración. De la primera de estas dos manifestaciones del principio de publicidad de la acción administrativa trata, en efecto, *el artículo 105 b) CE*³³².

2.1. El derecho de acceso a la información administrativa: naturaleza jurídica

La transparencia administrativa comporta el derecho de los ciudadanos a informarse. A diferencia de lo que ha ocurrido con la evolución de diversos derechos de la persona sustentados en otros principios del Estado moderno, el acceso a la información administrativa ha ido experimentando un progreso positivo, de modo que, aunque no se contemple en la Constitución expresamente como tal, puede considerarse que en ésta se encuentran los

³³¹Véase Parada Vázquez, J.R. y Bacigalupo Saggese, M., “Artículo 105: Audiencia del ciudadano en procedimientos administrativos y acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos”, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo VIII, Edersa, Madrid, 1998, pp. 534 y ss.

³³²Véase Fernández Ramos, S., *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 321 y ss.

datos necesarios para garantizarlo, de modo que su interpretación dinámica debe ser considerada clave para lograr una completa efectividad del mismo³³³.

Recogido en el artículo 105 b) CE, dispone que la Ley “regulará”, entre otras materia, “*el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas*”. Ahora bien, aun cuando el artículo 105 b) CE no menciona la palabra “derecho”, es incuestionable que el mandato en él contenido implica el reconocimiento a nivel constitucional de un derecho a la información contenida en los bancos de datos administrativos.

En efecto, sentada esta premisa elemental, la doctrina española ha formulado diversas configuraciones de este derecho constitucional que pueden reconducirse a tres posturas esenciales: la primera de ellas sostiene que el derecho de acceso debe considerarse como un derecho no fundamental, sino de configuración legal; la segunda postura, partiendo de la configuración legal anterior, admite que en determinados supuestos el derecho de acceso adquiere el carácter de derecho fundamental por su instrumentalidad en relación con determinados derechos fundamentales y, por último, la tercera línea doctrinal configura directamente el derecho de acceso como derecho fundamental, como concreción –con variantes importantes- del derecho de información³³⁴.

³³³Véase Sánchez De Diego, M., *El derecho de acceso a la información pública*, Cersa, Madrid, 2008, pp. 31 y ss.

³³⁴Es evidente que la opción entre una u otra de las posturas anunciadas comporta trascendentes consecuencias desde el punto de vista del régimen jurídico del derecho: su eficacia inmediata o, por el contrario, el aplazamiento de la misma hasta que tenga lugar el correspondiente desarrollo legal; el juego o no del “*contenido esencial*” de los derechos fundamentales como límite al desarrollo del derecho por el legislador; las posibilidades de juego de la potestad reglamentaria en esta materia; la aplicabilidad de las vías de amparo –ordinario y constitucional- para la tutela del derecho, etc. Son cuestiones cuya resolución dependerá lógicamente de la configuración que finalmente se conceda al derecho de acceso a los documentos administrativos. Véase Fernández Ramos, S., *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 329 y ss.

En cuanto a la primera postura, ésta fue iniciada por Álvarez Rico, para quien el derecho de acceso a los documentos administrativos, aun cuando tiene consagración constitucional, no es un derecho fundamental, si bien el autor admite que este derecho va a condicionar en un grado elevado el funcionamiento de ciertos derechos fundamentales, como son el de libertad de expresión y el de comunicar o recibir información libremente, precisando, que el artículo 20 de la Constitución es el de mayor conexión con el artículo 105 b) CE³³⁵.

Ahora bien, es a partir de la monografía de Pomed Sánchez cuando esta postura se asienta en la doctrina. En efecto si bien el autor acepta que el derecho contenido en el artículo 105 b) CE es, “y no en menor medida”, especificación con relación a un terreno materialmente acotado, el de la Administración Pública, de las exigencias que dimanarían del derecho a la libertad de expresión –artículo 20.1 a) CE- y a la información –artículo 20.1d) CE, acaba configurando el derecho de acceso a la documentación administrativa como requisito para el correcto ejercicio del derecho constitucional a la participación o como una derivación de un más amplio derecho a la participación, recogido en el artículo 23.1 CE. Sin embargo, en ningún momento llega a configurar al derecho de acceso como un derecho fundamental³³⁶.

La segunda postura parte inicialmente de la consideración de que el derecho contemplado en el artículo 105 b) CE carece de la condición de derecho fundamental, sin embargo, en determinados supuestos, debido a su función instrumental en relación con determinados derechos fundamentales, el derecho de acceso pasaría a integrarse en el contenido de tales derechos y, en consecuencia, éstos le comunicarían –en tal contexto- su carácter

³³⁵Véase Álvarez Rico, M., “El derecho de acceso a los documentos administrativos”, *Documentación Administrativa*, N° 183, 1979, pp. 103-133.

³³⁶Véase Pomed Sánchez, L.A., *El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, INAP, Madrid, 1989, pp. 141 y ss.

fundamental. Esta parece ser la postura implícita en la obra de Mestre Delgado. El autor relaciona el derecho de acceso con el derecho a participar en los asuntos públicos, llegando a expresar que el derecho a acceder a los archivos y registros administrativos constituye un presupuesto necesario para el ejercicio del derecho fundamental del artículo 23.1 CE³³⁷.

Finalmente, un sector aún minoritario de la doctrina, entiende que el derecho de acceso no es sino una manifestación del derecho fundamental a recibir información y, más concretamente, de la libertad de informarse en cuanto derecho de libertad también contenido en el artículo 20.1d) CE. En este sentido, Fernández Ramos, señala que la libertad de informarse no constituye un derecho respecto a las “*noticias*”, sino sólo con referencia a los instrumentos que las ofrecen, es decir, las “*fuentes de información*”. Y en cuanto al contenido de la libertad de informarse, sería el acceso a dichas fuentes que comprendería actividades muy heterogéneas: desde la mínima, consistente en la mera recepción de las noticias –cuando se utiliza una de información mediata- hasta actividades de investigación³³⁸.

Pues bien, siendo los archivos y registros administrativos fuentes de información sometidas por el artículo 105 b) CE a un principio general de publicidad, es claro que pueden y deben calificarse de “*medios de difusión*”, en el sentido del artículo 20.1d) CE. El acceso a ellos forma parte entonces

³³⁷Asimismo, el autor trata la relación del derecho de acceso con el derecho a comunicar y recibir libremente información veraz. El derecho que recoge el artículo 105 b) CE se encuentra reconocido a favor de los medios de comunicación social y de los periodistas, que podrán acceder a los documentos administrativos para investigar y conocer los presupuestos de la actuación administrativa y poder ejercer el derecho fundamental a comunicar libremente la actuación. También, plantea el autor, la relación del derecho de acceso con el derecho a la tutela judicial. En este caso, el derecho de acceso cumple una función instrumental al servicio del derecho a la plena indefensión y, en su caso, a la tutela judicial efectiva, en la medida en que, con independencia del trámite de la audiencia, el conocimiento de lo actuado puede ser de utilidad para conocer si es procedente o no promover la actividad jurisdiccional o para determinar incluso la posición jurídica que realmente puede ocuparse. Véase Mestre Delgado, J.F., *El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 71 y ss.

³³⁸Véase Villaverde Menéndez, I., *Los derechos del público: el derecho a recibir información del artículo 20.1.d) de la Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 84 y ss.

de la libertad de informarse que también garantiza el citado precepto constitucional. De ahí que la ley reclamada por el artículo 105 b) CE esté llamada, no a crear *ex novo* un derecho público subjetivo (que no preexiste a dicha ley), sino bien al contrario, a regular el ejercicio de un derecho fundamental reconocido por la Constitución: el derecho a recibir información a través de unos medios de difusión en concreto, los archivos y registros administrativos.

Respecto a la jurisprudencia reciente –tanto ordinaria como constitucional- permite sostener que, al menos, en determinados supuestos el derecho de acceso a los documentos administrativos es estrictamente instrumental al ejercicio de ciertos derechos fundamentales –muy señaladamente del derecho a la intimidad, del derecho al ejercicio en condiciones de igualdad de los cargos públicos y funciones públicas y del derecho a la defensa y a la tutela judicial³³⁹.

2.2. Efectos de la Constitución sobre el derecho de acceso a la información

Existen algunos preceptos constitucionales que influyen y condicionan la configuración del procedimiento administrativo, en particular, cuando su objeto consiste en la *generación de información*, desemboque o no en la toma de decisiones, y en la transmisión de información a los ciudadanos y, asimismo, la tarea de poner las bases de una Administración transparente³⁴⁰.

³³⁹Por ejemplo, en los numerosos pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre el acceso de los concejales a la información. Así, en su sentencia de 29 de marzo de 2006 señala que: “*el núcleo esencial del derecho a participar en asuntos públicos supone para los concejales el acceso a la documentación e información existente en el Ayuntamiento, pero no les añade ningún otro complemento que exceda del fin de estar plenamente informados*”.

³⁴⁰Véase García Macho, R., “Procedimiento administrativo y sociedad de la información y del conocimiento”, en Barnes, J. (Ed.), *La transformación del procedimiento administrativo*, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2008, pp. 187-229.

Así, el derecho fundamental del artículo 20.1.d) de la Constitución, entendido como *derecho a recibir información* y, consecuentemente, a ser informado, está conectado con el derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos administrativos (artículo 105.b) CE), dado que el derecho del individuo a ser informado no se limita solamente a los medios de comunicación, sino que incluye también el acceso a la información de la que disponen los poderes públicos, entre los que se encuentra la Administración³⁴¹.

Ahora, el *derecho de los ciudadanos a participar directamente en los asuntos públicos* (artículo 23.1 CE) es un derecho fundamental que está vinculado a su participación en el procedimiento administrativo, lo que supone un medio de gran efectividad para la participación del ciudadano en lo “*público*”. Tiene connotaciones con el interés general y el bien común y se sitúa frente a la esfera privada y el secreto. Su reconocimiento como derecho fundamental representa un estímulo decisivo para la participación de la opinión pública en las cuestiones que le conciernen. De un lado, facilita el acceso a los documentos públicos y, de otro, fomenta que la propia Administración transmita la información para incentivar la actuación de esa opinión pública en sus labores de control y consecución de transparencia³⁴².

El artículo 105 b) CE, por su lado, implicó en su momento un cambio trascendental en el funcionamiento de la Administración, pues la obligaba a hacerse, si se comparaba con el pasado, mucho más transparente, a lo cual no era ajeno el impulso del principio democrático que la Constitución postula desde su inicio (Artículo 1.1 CE). El acceso de los ciudadanos con carácter

³⁴¹Este planteamiento potencia el acceso, pero también el suministro de información de la Administración al ciudadano a través del cauce del procedimiento administrativo. Véase Bermejo Vera, J., “El secreto en las Administraciones públicas. Principios básicos y regulaciones específicas del ordenamiento jurídico español”, *Revista Española Derecho Administrativo*, N° 57, 1988, pp. 17-27.

³⁴²Parte de la doctrina, por ejemplo, E. García de Enterría y T.R. Fernández, consideran que el artículo 23 CE no sólo se refiere a la participación del ciudadano a través de representantes sino “directamente” en los asuntos públicos, lo que vincula a la participación en el procedimiento administrativo. Véase *Curso de Derecho Administrativo II*, Madrid, 12ª Edición, 2011, pp. 456 y ss.

general a los archivos y registros administrativos con las tres excepciones bien delimitadas significaba para aquéllos la posibilidad de acceder a la información que las Administraciones tenían, lo cual era un paso importante en la consecución de la sociedad de la información y de una Administración abierta al ciudadano³⁴³.

El artículo 105 b) CE también trajo como consecuencia la necesidad de realizar cambios de calado en el procedimiento administrativo, de tal forma, que la Ley 30/1992, Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su desarrollo incluyó varios preceptos (artículos 35 y 37)³⁴⁴ para regular el acceso a los archivos y registros administrativos.

³⁴³Véase Parada Vázquez, J.R., y Bacigalupo Saggese, M., “Artículo 105: audiencia del ciudadano en procedimientos administrativos y acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos”, en ALZAGA Villaamil, o. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Eersa, 1998, pp. 523-545.

³⁴⁴El artículo 35 h) de la Ley 30/1992, prescribe: “*Derechos de los ciudadanos.- Los ciudadanos, en sus relaciones con las Administraciones Públicas, tienen los siguientes derechos: h) Al acceso a los registros y archivos de las Administraciones Públicas en los términos previstos en la Constitución y en ésta u otras leyes*”.

El artículo 37 de la Ley 30/1992, prescribe: “*Derecho de acceso a archivos y registros.- 1. Los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud.*

2. El acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas estará reservado a éstas, que, en el supuesto de observar que tales datos figuran incompletos o inexactos, podrán exigir que sean rectificados o completados, salvo que figuren en expedientes caducados por el transcurso del tiempo, conforme a los plazos máximos que determinen los diferentes procedimientos, de los que no pueda derivarse efecto sustantivo alguno.

3. El acceso a los documentos de carácter nominativo que sin incluir otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas figuren en los procedimientos de aplicación del derecho, salvo los de carácter sancionador o disciplinario, y que, en consideración a su contenido, puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, podrá ser ejercido, además de por sus titulares, por terceros que acrediten un interés legítimo y directo.

4. El ejercicio de los derechos que establecen los apartados anteriores podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley, debiendo, en estos casos, el órgano competente dictar resolución motivada.

5. El derecho de acceso no podrá ser ejercido respecto a los siguientes expedientes:

a) Los que contengan información sobre las actuaciones del Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a Derecho Administrativo.

b) Los que contengan información sobre la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado.

Sin proceder a un análisis del desarrollo del precepto constitucional que se llevó a cabo mediante el artículo 37 de la Ley 30/1992, sí puede destacarse que era más restrictivo que el artículo 105 b) de la Constitución. Así, por ejemplo, el primer párrafo del artículo 37 permitía el acceso sólo a expedientes “terminados”, exigencia no planteada por el precepto constitucional, que no distingue entre expedientes terminados y en tramitación.

Asimismo, el párrafo cuarto del artículo 37 permitía tan amplia discrecionalidad a la Administración en la valoración del derecho de acceso a los archivos, que no parece respetar el texto constitucional. En efecto, este

c) Los tramitados para la investigación de los delitos cuando pudiera ponerse en peligro la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando.

d) Los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial.

e) Los relativos a actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria.

6. Se regirán por sus disposiciones específicas:

a) El acceso a los archivos sometidos a la normativa sobre materias clasificadas.

b) El acceso a documentos y expedientes que contengan datos sanitarios personales de los pacientes.

c) Los archivos regulados por la legislación del régimen electoral.

d) Los archivos que sirvan a fines exclusivamente estadísticos dentro del ámbito de la función estadística pública.

e) El Registro Civil y el Registro Central de Penados y Rebeldes y los registros de carácter público cuyo uso esté regulado por una Ley.

f) El acceso a los documentos obrantes en los archivos de las Administraciones Públicas por parte de las personas que ostenten la condición de Diputado de las Cortes Generales, Senador, miembro de una Asamblea legislativa de Comunidad Autónoma o de una Corporación Local.

g) La consulta de fondos documentales existentes en los Archivos Históricos.

7. El derecho de acceso será ejercido por los particulares de forma que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos debiéndose, a tal fin, formular petición individualizada de los documentos que se desee consultar, sin que quepa, salvo para su consideración con carácter potestativo, formular solicitud genérica sobre una materia o conjunto de materias. No obstante, cuando los solicitantes sean investigadores que acrediten un interés histórico, científico o cultural relevante, se podrá autorizar el acceso directo de aquéllos a la consulta de los expedientes, siempre que quede garantizada debidamente la intimidad de las personas.

8. El derecho de acceso conllevará el de obtener copias o certificados de los documentos cuyo examen sea autorizado por la Administración, previo pago, en su caso, de las exacciones que se hallen legalmente establecidas.

9. Será objeto de periódica publicación la relación de los documentos obrantes en poder de las Administraciones Públicas sujetos a un régimen de especial publicidad por afectar a la colectividad en su conjunto y cuantos otros puedan ser objeto de consulta por los particulares.

10. Serán objeto de publicación regular las instrucciones y respuestas a consultas planteadas por los particulares u otros órganos administrativos que comporten una interpretación del derecho positivo o de los procedimientos vigentes a efectos de que puedan ser alegadas por los particulares en sus relaciones con la Administración”.

párrafo establecía que el derecho de acceso de los ciudadanos a los documentos puede “ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público” o “por intereses de terceros más dignos de protección”, lo cual se traducía en que la Administración podía, aunque sea con motivación, restringir el derecho de acceso a los documentos públicos³⁴⁵. De la misma forma, la disposición 37.7 de la ley resultaba restrictiva al exigir que se hiciera una petición individualizada del documento que se pretendía examinar, cuando en ocasiones para conocer el documento exacto se hace imprescindible conocer el conjunto previamente.

También debe ser destacado, el artículo 35.a) de la Ley 30/92, de acuerdo con el cual, el ciudadano tenía derecho a “conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesado...”. Se limitaba, de este modo, el conocimiento en la tramitación de los procedimientos a los interesados (que deben detentar un interés legítimo y directo) y, generaba así una restricción en relación con el artículo 105 a) de la Constitución que la reconoce a todos los “ciudadanos”³⁴⁶.

Por su parte, pero con un alcance sectorial y derivado de sendas Directivas comunitarias, otras normas han contemplado el acceso a la información pública. Es el caso de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente y de la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, que regula el uso privado de documentos en poder de Administraciones y

³⁴⁵El derecho de acceso está recogido en la Constitución (artículo 105.b), y, por tanto, ni la Administración ni tan siquiera el legislador libremente pueden denegarlo, ni tan siquiera restringirlo. Véase Fernández Ramos, S., *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 323 y ss.

³⁴⁶En efecto, la audiencia de los ciudadanos en la elaboración normas administrativas que les “afecten”, significa que el procedimiento administrativo ha de prever la participación en sentido amplio de cualquier ciudadano.

organismos del sector público. Además, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, a la vez que reconoce el derecho de los ciudadanos a relacionarse con la Administración por medios electrónicos

Recientemente, con la dictación de *la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno* se ha modificado el ordenamiento jurídico español en busca de implantar una cultura de transparencia y de acceso a la información que impone la modernización de la Administración³⁴⁷.

2.3. Conclusión

Uno de los rasgos de la sociedad contemporánea es, precisamente, su interés por conocer y participar en las decisiones que le afectan, pudiendo controlar de ese modo cómo y por qué se han adoptado. Por ello, no es de extrañar que la cuestión del libre acceso a la información pública genere controversia y debate y esté de permanente actualidad doctrinal. En suma, son necesarios mecanismos que permitan al ciudadano informarse sobre el ejercicio de las funciones públicas, necesidad ésta que ha de insertarse en la actual sociedad de la información, caracterizada por el volumen de datos que se generan, almacenan y procesan.

³⁴⁷Se hace presente que la recién dictada ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno ha modificado la redacción de los artículos 35 y 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en los siguientes términos:

1. El artículo 35.h) pasa a tener la siguiente redacción: “*h) Al acceso a la información pública, archivos y registros.*”
2. El artículo 37 pasa a tener la siguiente redacción: “*Artículo 37. Derecho de acceso a la información pública.*
Los ciudadanos tienen derecho a acceder a la información pública, archivos y registros en los términos y con las condiciones establecidas en la Constitución, en la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y demás leyes que resulten de aplicación.”

El acceso sin restricciones a los expedientes, instrucciones o documentos administrativos, o un reforzamiento de la obligación de cooperación en el procedimiento administrativo son medios de mejorar la información y comunicación entre la Administración y el ciudadano, que va más allá del mero suministro de noticias o datos por parte de la Administración. En este sentido, la potenciación y desarrollo en profundidad del artículo 105 CE, desde la perspectiva de un Derecho Administrativo, en que la información juegue un papel de primer orden, constituye un medio de mejora de la información y comunicación entre el ciudadano y la Administración³⁴⁸.

3. La participación en el procedimiento administrativo: artículo 105

c) CE

El mandato al legislador que se desprende del artículo 105 c) de la Constitución contiene la garantía constitucional de dos instituciones básicas y capitales del Derecho administrativo propio de un Estado de Derecho como el que diseña la Constitución de 1978 (artículo 1.1 CE), a saber: *“el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos”* y, como trámite esencial de dicho procedimiento, *“la audiencia de los interesados”*.

La elevación a rango constitucional de ambas garantías es coherente con el grado de relevancia que el propio Derecho administrativo ha atribuido tradicionalmente a su respectiva infracción, considerada –normalmente– como generadora de nulidad de pleno derecho (y no sólo de *“mera anulabilidad”*) del acto administrativo. Se hace presente, en este sentido, que

³⁴⁸En dicho contexto, la reciente dictación de la *Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, significa un paso necesario y positivo, en su propósito de intentar suplir las carencias del ordenamiento jurídico español, subsanando sus deficiencias y creando un marco jurídico acorde con los tiempos y los intereses ciudadanos. Véase capítulo IV del presente trabajo “La participación en la Administración Pública y la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno”.

es, precisamente, uno de los supuestos clásicos de nulidad radical del acto administrativo, el de los actos dictados con falta total y absoluta de procedimiento, así como aquellos dictados con falta total y absoluta, sino de procedimiento, sí al menos de alguno de sus trámites esencialísimos, como lo es, el trámite de la audiencia. No en vano se ha dicho de este trámite, que constituye una *“garantía esencial, verdadero minimum sin el cual no puede decirse que exista realmente procedimiento en sentido propio”*³⁴⁹.

3.1. Finalidades de la participación en el procedimiento administrativo

La *participación del ciudadano* en el procedimiento de adopción de decisiones por parte de la Administración no es homogénea sino que viene condicionada por el grado de autonomía decisoria de que dispone la misma en cada supuesto. Así, *cuanto mayor es el grado de discrecionalidad en la actuación administrativa y, por tanto, menor la posibilidad de control por parte de los poderes públicos existe mayor incidencia y necesidad de participación.*

Hay una diferencia clara entre el campo que se abre a la participación en el Estado social del que se da en el Estado liberal. En este último, no hay espacio para la participación en el ejercicio de las funciones estrictamente ejecutivas y en todas aquellas que constituyen el objeto que se asigna al poder ejecutivo, como la potestad sancionadora y de policía. En cambio, con el advenimiento del Estado social, la Administración asume nuevas funciones y nuevas áreas de actuación, haciéndose evidente la necesidad de introducir elementos democráticos en su funcionamiento, de ahí que esté plenamente

³⁴⁹Véase Parada Vázquez, J.R., *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y textos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pp. 263 y ss.

justificada la presencia de los ciudadanos y de las entidades en que se integran en el procedimiento de elaboración de actos y normas³⁵⁰.

En el Estado social y democrático de Derecho diseñado por la Constitución de 1978 y, precisamente, como expresión de los principios democrático y social, se pueden reducir a dos los grandes objetivos de la participación del ciudadano en el procedimiento de elaboración de las decisiones administrativas. El primero, consiste en favorecer la *transparencia* en la actuación de la Administración, lo cual es imprescindible para el control de los ciudadanos sobre la actividad administrativa. Se trata, principalmente, de un control de carácter preventivo, como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal Supremo³⁵¹ y la doctrina, al indicar que no parece suficiente limitarse a concebir el Derecho administrativo como un control de remedio. Parece imprescindible, además, y con carácter prioritario, la búsqueda y puesta a punto de técnicas que faciliten una actuación administrativa legal y eficaz, que efectivamente promueva una mejor realización de los intereses generales, facilitando el ejercicio de los derechos fundamentales³⁵². En definitiva, el principio de eficacia en el funcionamiento de la Administración (artículo 103 CE): *a mayor participación, mayor eficacia*. Esto sin olvidar la virtualidad *a posteriori* para el juez de poder tener un expediente administrativo con los informes y estudios realizados a fin de poder enjuiciar correctamente con la máxima cantidad de datos y elementos de juicio posibles en el caso que se le somete a consideración³⁵³.

³⁵⁰Véase Arenilla Sáez, M., *Crisis y reforma de la Administración Pública*, Netbiblo, La Coruña, 2011, pp. 102 y ss.

³⁵¹La STS de 23 de enero de 1991 subraya la eficacia preventiva de la *participación procedimental* al señalar que: “El importante grado de discrecionalidad de la potestad reglamentaria multiplica la trascendencia de los dictámenes que deben preceder a la emanación de una norma: los razonamientos de oportunidad que formulados en sede jurisdiccional pueden resultar inoperantes, en cambio en la vía administrativa pueden tener éxito, alterando el contenido de la disposición”.

³⁵²Véase De la Cruz Ferrer, “Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria”, *Revista Administración Pública*, Nº 116, 1988, pp. 81-95.

³⁵³Véase Sánchez Morón, M., *discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 91 y ss.

El segundo objetivo de la *participación* persigue dar entrada a los ciudadanos que pasan a colaborar con las Administraciones Públicas y aportar una *pluralidad de intereses* de todo tipo: sociales, económicos, profesionales, presentes en la sociedad en cada momento, exponentes del pluralismo político (artículo 1.1 CE), lo que favorece el consenso entorno de las grandes líneas de actuación administrativa y de los proyectos de disposiciones generales. Con ello se permite la consideración de los variados intereses que componen la sociedad, en orden, a la formación del interés general, tradicionalmente atribuida al poder legislativo, con lo que posibilita la intervención de todos los ciudadanos en la definición de este interés general en una sociedad pluralista³⁵⁴.

A los objetivos descritos conviene añadir un tercero, el fomento del *asociacionismo*, como forma privilegiada y eficaz del ejercicio de la participación (participación colectiva). Las asociaciones y organizaciones de ciudadanos portadoras de diversos intereses supraindividuales (colectivos y difusos) asumen, de este modo, una función de interlocutores organizados y representativos de la Administración, frente a la perspectiva del Estado liberal que veía en los grupos sociales meros contrapoderes o límites al poder estatal³⁵⁵. Es por ello, por lo que se ha podido afirmar, que el Estado social va dialécticamente unido con el denominado “Estado de asociaciones”, aludiendo con estos términos a la intervención de las grandes asociaciones u

³⁵⁴La apertura del procedimiento a la participación de los ciudadanos va ligada a la concepción, según la cual, el interés general en una sociedad pluralista no es único y predeterminado por la ley, sino que es el resultado de la *composición de los diversos intereses supraindividuales* de los que son portadores los ciudadanos. Véase Cierco Seira, C., *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2002, pp. 75 y ss.

³⁵⁵“Sin asociaciones no hay sistema de derechos y libertades no democracia, sino grave riesgo de arbitrariedad o despotismo. El despotismo, que por su naturaleza es temible, ve en el aislamiento de los hombres la garantía más segura de su propia duración”. Véase De Tocqueville, A., *De la democracia en América*, Fondo de Cultura Económica, 2ª Edición, México, 1963, pp. 209 y ss.

organizaciones (además de los partidos políticos) en la toma de decisiones del Estado³⁵⁶.

Estos grandes objetivos de la participación procedimental contribuyen a lo que se ha denominado *“integrar a la población en el sistema democrático”*³⁵⁷ y, por supuesto, a la vez, subrayar otro aspecto: *la entrada a los ciudadanos y a los grupos sociales en el procedimiento administrativo supone tener en cuenta el pluralismo político que la Constitución tiene como valor fundamental* (artículo 1.1 CE) y, conectado con éste, los derechos de minorías políticas y sociales que, de esta manera, pueden estar presentes en el iter administrativo. De la influencia del pluralismo político sobre el principio de participación se deriva la garantía de la participación de las diversas asociaciones y agrupaciones en los procesos de decisión pública previstos en la Carta Magna y, en el ámbito de la Administración, en los procedimientos administrativos.

3.2. El artículo 105 c) de la Constitución

La Constitución de 1978 es innovadora en relación con el constitucionalismo comparado y con las constituciones españolas anteriores,

³⁵⁶Muy especialmente, el potencial del *asociacionismo* se vincula a uno de los pilares de la democracia: el *pluralismo*. Una democracia funciona sobre la base de una pluralidad de grupos que reflejan el mapa de intereses divergentes y puntos de vista relevantes de una sociedad y compiten entre sí tratando de convertir sus capacidades organizativas en oportunidad de hacer oír sus respectivas voces, condicionar la oferta pública e influir en las decisiones de los gobiernos. Una buena democracia es la que está formada por una heterogeneidad de grupos con intereses divergentes que incluye a la mayor parte de la población, impide la formación de mayorías tiránicas y osificadas y da lugar a un poder repartido, controlado y, en consecuencia, limitado a fin de que ninguno de ellos pueda dominar completamente a los otros. En suma, una vigorosa red asociativa que condense el pluralismo de grupos desactiva la formación de una clase política endogámica con interés primordial en su propia reproducción. Véase Vargas-Machuca Ortega, R., “Cuando no bastan los principios: la democracia como modelo”, en Robles Egea, A. y Vargas-Machuca Ortega, R. (Eds.), *La buena democracia. Claves de su calidad*, Editorial Universidad de Granada, 2012, pp. 17-51.

³⁵⁷Véase Sánchez Morón, M., “Elementos de la participación ciudadana”, *Revista Vida Local y Autonómica*, Nº 221, 1984, pp.37-46.

en la garantía del procedimiento administrativo y algunos derechos que se desarrollan en su seno³⁵⁸.

Como se aprecia, el artículo 105 c) CE constitucionaliza, primeramente, la garantía de la existencia de un procedimiento previo a la adopción de un acto administrativo y, en segundo lugar, dentro del procedimiento, tutela el trámite de audiencia de los interesados “*cuando proceda*”, es decir, la presencia en el procedimiento de los interesados como elemento que refuerza el carácter garantista del mismo. Sin embargo, la finalidad participativa del procedimiento administrativo común se articula básicamente a través del trámite de información pública previsto legalmente y que halla su fundamento constitucional en el genérico principio de participación del artículo 9.2 CE. Asimismo, mediante la ampliación del concepto de interesados, como titulares de intereses colectivos, se puede defender la naturaleza también participativa de dicha audiencia³⁵⁹.

3.2.1. La garantía del procedimiento administrativo

El artículo 105 c) CE introduce la exigencia del procedimiento administrativo en la actuación de las Administraciones Públicas. Se trata, pues, de la garantía constitucional de dicha institución jurídica. Actualmente, la doctrina coincide en valorar en sí mismo el iter que precede a la toma de

³⁵⁸Por ejemplo, la Constitución italiana no prevé específicamente el derecho de participación en el procedimiento administrativo ni tampoco los principios específicos del procedimiento administrativo, a diferencia de los que pasa con el proceso judicial y el derecho a la tutela judicial, que obtiene reconocimiento constitucional como derecho fundamental. Véase Corso, G., “El procedimiento administrativo en Italia. De cauce formal de la actuación administrativa a instrumento de tutela del ciudadano”, en Barnes Vásquez, J., (Ed.), *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 477-502.

³⁵⁹Véase Díez Sánchez, J.J., *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 184 y ss.

una decisión por la Administración en lugar de destacar únicamente la resolución de la misma³⁶⁰.

De la inclusión en la Constitución de la garantía del procedimiento administrativo se puede concluir, en primer lugar, su posición prevalente en el ordenamiento jurídico y de los términos de la previsión se desprende la necesidad de su regulación por la legislación ordinaria, lo que obliga a las Administraciones Públicas a resolver en todo caso de acuerdo con un procedimiento. En segundo lugar, la garantía del procedimiento se ha de conectar con una serie de principios que delimitan la actuación del legislador sobre el procedimiento administrativo. Ellos son, tanto los principios de actuación de la Administración del artículo 103 CE, en el que se establece que el procedimiento administrativo contribuye a la finalidad de servir “*con objetividad a los intereses generales*”, como a los principios del ordenamiento jurídico del artículo 9.3 CE³⁶¹ y también los principios nucleares del Estado que proclama la Constitución en su artículo primero, especialmente con el Estado de Derecho³⁶², como se deduce de las funciones que le asignan al

³⁶⁰Hay que indicar que, aunque el artículo 105 c) CE contenga la regulación material del procedimiento de elaboración de actos administrativos, no constituye, empero, la única referencia del texto constitucional al procedimiento administrativo, ya que entre los preceptos atributivos de competencia al Estado, el artículo 149.1.18 CE dispone la competencia exclusiva del Estado para la regulación del “*procedimiento administrativo común*” con la salvedad de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas.

³⁶¹Artículo 9.3 CE “*La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*”.

Dichos principios, muchos de ellos presentes ya en el Estado liberal, según ha subrayado el Tribunal Constitucional desde la sentencia 27/1981, de 20 de julio, no son compartimentos estancos sino que cada uno de ellos cobra valor en función del resto. Por ejemplo, en el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, articulado de forma originaria para la Administración, por lo que no cabe una actuación al margen de las normas. Véase García De Enterría, E., *La lucha contra las inmunidades del poder*, Civitas, Madrid, 1983, pp. 30 y ss.

³⁶²Artículo 1.1 CE “*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*”.

procedimiento tanto la doctrina como la jurisprudencia lo que potencia su fuerza jurídica³⁶³.

Pero la Constitución no reduce su mandato a la protección de un procedimiento administrativo ni deja completa autonomía al legislador para su configuración concreta, sino que del mismo texto constitucional se extraen unas características que han de acompañar forzosamente a la regulación legislativa del procedimiento. De este modo, el cauce administrativo debe respetar en su seno determinados derechos de los ciudadanos: los derechos informativos que se manifiestan en el acceso a los archivos y registros administrativos (artículo 105 b) CE), los derechos defensivos que dan lugar al cumplimiento del principio contradictorio concretados en la audiencia de los interesados (artículo 105 c) CE) y los participativos de los que la información pública (artículo 105 a) CE), amparada en última instancia en el artículo 9.2 CE, es su ejemplo más destacado. Agregar también, los derechos participativos que surgen en el caso de que se incluyan individuos u organizaciones o grupos sociales que defienden intereses supraindividuales en el procedimiento administrativo de decisiones administrativas (artículo 105 c) CE)³⁶⁴.

3.2.2. El trámite de audiencia de los interesados

La incorporación de la *audiencia de los interesados* en la Constitución no ha aportado ninguna novedad en relación con la legislación vigente. Es decir,

³⁶³Una de las consecuencias del sometimiento del poder ejecutivo al derecho, elemento indispensable en toda formulación teórica del Estado de derecho, es su *sumisión a un procedimiento prefijado de elaboración de los actos y disposiciones administrativas*, además del control judicial de la actividad de ejecución y también de la potestad normativa específica de la Administración. Véase García De Enterría, E., *Revolución francesa y administración contemporánea*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 21 y ss.

³⁶⁴Véase Castellà Andreu, J., *Los derechos constitucionales de participación política en la Administración Pública (un estudio del artículo 105 de la Constitución)*, Editorial Cedes, Barcelona, 2001, pp. 353 y ss.

el constituyente se habría limitado a incorporar al texto lo que ya había previsto el legislador con anterioridad. Sin embargo, no cabe duda, que de la constitucionalización de la audiencia de los interesados se derivan importantes consecuencias, entre las cuales, la protección a nivel de Norma Suprema de dicha institución con todo lo que de ello se deriva.

Así, pues, de todos los trámites que aparecen a lo largo del procedimiento de elaboración de actos administrativos, sólo la audiencia tiene una regulación explícita en el artículo 105 c) CE. De ello se desprende la significación que el constituyente quiso otorgar a la misma, como garantía esencial del procedimiento y, al mismo tiempo, su consideración como derecho constitucional de los interesados³⁶⁵.

La constitucionalización de la audiencia de los interesados se traduce en la aplicación general de la misma. Se ha insistido en que se trata de un trámite potestativo, como podría deducirse de la literalidad del texto, “*cuando proceda*”. En este sentido, lo entendió el Tribunal Constitucional en uno de sus pronunciamientos sobre el artículo 105 c) CE, en la sentencia 68/1985, de 27 de mayo, donde parece inclinarse por el carácter potestativo de la regulación del trámite de audiencia al señalar que “*la falta de audiencia en el procedimiento administrativo no constituye infracción susceptible de amparo, sino acaso sólo contraria al artículo 105 c) de la Constitución, donde sólo se exige la audiencia “cuando proceda”*”. Resulta, sin embargo, necesario puntualizar, que aunque según la Constitución y la ley no sea un derecho exigible en todo procedimiento, ello no significa que la ley deje al órgano administrativo encargado de la tramitación de un procedimiento la decisión discrecional sobre la apertura o no del trámite, ni siquiera al propio legislador estimar o no la conveniencia de su previsión, sino que dependerá de la

³⁶⁵Véase Parada Vázquez, J.R. y Bacigalupo Saggese, M., “Artículo 105. Audiencia del ciudadano en procedimientos administrativos y acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos”, en Alzaga Villaamil, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978, Tomo VIII*, Edersa, Madrid, 1998, pp. 540-545.

existencia objetiva de interesados en el procedimiento concreto. Por tanto, la previsión obligatoria del mismo por la ley lleva como consecuencia la exigencia de apertura del trámite por parte de la Administración³⁶⁶.

Además de la habilitación constitucional al legislador para la regulación de la audiencia, también se entiende que de la previsión en la Norma Suprema del derecho de audiencia el legislador cuando regule un procedimiento administrativo, habitualmente lo habrá de dotar de un trámite de audiencia. Por ello, las excepciones al régimen general serán exclusiones que preverá el legislador específicamente en aquellos procedimientos donde no haya interesados, sea en la misma ley general, sea en leyes sectoriales cuando la naturaleza del procedimiento haga que no proceda la audiencia³⁶⁷.

Una vez establecido lo que se desprende de la constitucionalización de la audiencia de los interesados, se puede revisar qué plantea el contenido de la disposición que delimita explícitamente a los sujetos legitimados de la audiencia: los *interesados*. El artículo 105 c) CE no especifica a qué tipo de interés se refiere, por lo cual por esta vía indirecta, se deja al legislador ordinario la decisión sobre el tipo de interés protegido: si se reduce al interés personal o directo o si, por el contrario, se extiende a todo interés legítimo, abriendo de esta forma la puerta a la presencia de los intereses supraindividuales.

Tradicionalmente, en el marco del Estado liberal, el interés legítimo se confunde con el interés personal y directo, tal como lo recuerda el artículo 23 LPA de 1958. La consideración de otros intereses diferentes de los

³⁶⁶Véase Gamero Casado, E., “Omisión del trámite de audiencia y derecho a la tutela judicial efectiva”, *Revista Española Derecho Administrativo*, N° 85, 1995, pp. 99-114.

³⁶⁷Esta interpretación del artículo 105 c) CE tiene en cuenta la voluntad del constituyente que aún rechazando el carácter obligatorio de la audiencia, lo hizo más por razones relacionadas con la existencia de procedimiento sin interesados concretos y para evitar mandatos rígidos que limitasen al legislador y a la Administración. Además, el criterio que se sostiene se adecúa mejor a una interpretación sistemática del precepto. No hay que olvidar, por último, que éste era ya el sentido de la exclusión de la audiencia en la ley de procedimiento administrativo de 1958 (artículo 91.3).

personales por parte de los poderes públicos, aparece vinculado al desarrollo del Estado social. En el fondo, se trata de formular un concepto de “*legitimación*” que supere los obstáculos que halla la inserción activa de los ciudadanos y de los grupos en que se integran en el procedimiento administrativo³⁶⁸.

En este plano deben situarse los conceptos de intereses supraindividuales, el carácter participativo de este tipo de intereses genéricamente designados como “*solidarios*”- subrayando la superación que con ellos se produce del sistema clásico. Es decir, además del interesado directamente o del titular del derecho, cabe la posibilidad de que otras personas físicas o jurídicas puedan defender un interés –jurídico, legítimo- como miembros de una comunidad³⁶⁹. Asimismo, puede destacarse otro aspecto de estos intereses: su consideración por parte de los ordenamientos jurídicos, supone tener en cuenta otros criterios además del tradicional interés general definido por los poderes públicos, lo cual comporta el dinamismo y la diversificación de los intereses considerados públicos: una expresión más del *pluralismo* que la Constitución protege³⁷⁰.

Si bien es cierto que el artículo 105 c) CE únicamente alude a los “*interesados*”, una interpretación sistemática del texto constitucional obliga a poner en relación este concepto con el de *interés legítimo* que figura en el artículo 24.1 CE, que reconoce el derecho de todas las personas a la tutela judicial efectiva de sus “*derechos e intereses legítimos*”. A través de la tutela de los intereses legítimos y, de acuerdo con las exigencias derivadas del Estado social y democrático de Derecho, se ha operado una ampliación del círculo de *interesados*, como ha resaltado tanto el Tribunal Constitucional en

³⁶⁸Véase Abelleira Rodríguez, M., “La legitimación activa de las asociaciones en el orden contencioso-administrativo”, en Sospedra Navas, F., *Seguridad jurídica, legitimación y cosa juzgada*, Consejo General del Poder Judicial, 2006, pp. 271-284.

³⁶⁹Véase Almagro Nosete, J., *Constitución y proceso*, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 189 y ss.

³⁷⁰ Véase Sánchez Morón, M., *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, pp. 130 y ss.

diversas sentencias³⁷¹, como también la doctrina³⁷². Fruto de esta interpretación del *interés legítimo*, los órganos jurisdiccionales ordinarios han ido ampliando el concepto de interés desde el más estricto de interés personal y directo hasta el punto de plantearse la adecuación constitucional de los *intereses supraindividuales*³⁷³.

En principio, podría estimarse que la *audiencia de los interesados* no tiene de entrada *carácter participativo*, ya que no es audiencia pública sino que su función es más bien garantista, de las posiciones subjetivas individuales. No obstante, la sustitución del concepto de interés directo y personal por el de interés legítimo y la ampliación de la noción de éste con la incorporación de los intereses supraindividuales (colectivos y difusos), sitúa a la audiencia, de acuerdo con la Constitución, en una posición que no gozaba en la ley de procedimiento administrativo de 1958, esto es, dotada de una *función participativa*³⁷⁴.

En el plano legislativo, se advierte que el ordenamiento jurídico saca a relucir la cuestión de los interesados en diferentes supuestos, empezando en los últimos tiempos a incorporar en las leyes la protección de este tipo de intereses de incidencia colectiva: la legitimación de intervenir *ex ante* en el procedimiento administrativo en curso; la de impugnar mediante un recurso

³⁷¹Entre las sentencias más significativas al respecto se puede consultar las SSTC 60/1982, 11 de octubre; 62/1983, de 11 de julio; 147/1985, de 29 de octubre; 25/1989, de 3 de febrero; 93/1990, de 23 de mayo; 195/1992, de 16 de noviembre; 40/1994, de 15 de febrero y 326/1994, de 12 de diciembre.

³⁷² La Constitución recoge algunos de los denominados *intereses difusos y colectivos* entre los principios rectores del capítulo III del Título Primero. Y deja al desarrollo legislativo el establecimiento de las concretas formas de garantía jurisdiccional (artículo 53.3 CE). Véase Cascajo Castro, J.L., *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Cuadernos y Debates, Nº 5, CEC, Madrid, 1988, pp.93-94.

³⁷³Así, en la sentencia de 4 de febrero de 1991, se señala que el concepto de interés legítimo “*abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión citada, la cual debe repercutir de forma efectiva y acreditada en la esfera jurídica de la persona. Diferente del interés personal y directo caracterizado por la producción de un beneficio o perjuicio inmediato del interesado*”.

³⁷⁴Véase Fernández Segado, F., “Los nuevos desafíos de nuestro tiempo para la protección jurisdiccional de los derechos”, *Revista Vasca Administración Pública*, Nº 39, 1994, pp. 25-88.

administrativo la resolución dictada por un órgano administrativo; o la de accionar en un proceso judicial ordinario y constitucional³⁷⁵.

Además, en determinados supuestos, el ordenamiento articula la defensa procedimental *a posteriori* y la procesal de los intereses supraindividuales a través de la *acción popular*³⁷⁶. Esta última figura participativa ha sido incorporada al texto constitucional haciendo una remisión a las leyes ordinarias para que fijen los procesos donde se ha de admitir (artículo 125 CE). En este caso, la legitimación procesal no exige el requisito de interés, con lo que cualquier persona individualmente o de forma asociada, puede intervenir en procedimientos y procesos que tienen una naturaleza pública manifiesta, como es el caso del proceso penal (artículos 101 y 270 LECrim.), de determinados procedimientos administrativos revisores, en los cuales la legitimación permanece completamente abierta a todos los ciudadanos en defensa del interés público o de la legalidad objetiva.

3.3. Conclusión

La institución del *procedimiento administrativo* sintetiza en cada tiempo y lugar los rasgos más sobresalientes del Derecho público; simboliza la posición del ciudadano ante la Administración Pública, y refleja las relaciones que guardan los poderes públicos entre sí. El procedimiento constituye, en efecto, una pieza básica del Derecho administrativo contemporáneo, la primera en verse afectada en tiempos de cambio, puesto que, al fin y al cabo,

³⁷⁵Véase García Herrera, M.A., “Intereses difusos, intereses colectivos y función mediadora”, *Jueces para la Democracia*, N° 12, 1991, pp. 20-22.

³⁷⁶Véase Colaço Antunes, L.F., “Los intereses difusos: ubicación constitucional, tutela jurisdiccional y acción popular de masas”, *Revista Administración Pública*, N° 124, 1991, pp. 417-435.

es “la Administración Pública en acción”³⁷⁷ o “el modo de hacer realidad el Derecho administrativo”³⁷⁸.

En efecto, con el correr del tiempo, su relevancia no ha hecho sino acrecentarse, por ello, hoy por hoy, el *procedimiento administrativo* debe estar abierto no sólo a los interesados, también a los *ciudadanos*, dado que los que no puedan participar en un procedimiento concreto quedarán excluidos de las relaciones de intercambio de información que se entablen con la Administración. Estas personas no tienen acceso a la información ni pueden exigirla a la Administración, por lo que el “*apagón informativo*”³⁷⁹ en el que se encuentran sumidos tiene consecuencias fundamentales en su capacidad de decisión.

El procedimiento administrativo contemplado en la Ley 30/1992 está sustancialmente abierto a los interesados, y sólo muy restringidamente a los ciudadanos, lo que se manifiesta en la instrucción (artículo 78 y ss.). Pero es que, además, si el procedimiento administrativo implica un proceso de comunicación entre la Administración y los ciudadanos, ha de realizarse bajo las premisas de los principios generales del artículo 3 de la Ley 30/1992, de acuerdo con la cual, en su actuación la Administración debe observar los *principios de eficiencia y servicio* a los ciudadanos (artículo 3.2), además de, en su relación con los ciudadanos, los *principios de transparencia y participación* (artículo 3.5). Ese proceso de comunicación no se ha cumplido, o al menos, se ha hecho de manera insuficiente hasta hoy, con las

³⁷⁷Véase Barnes Vásquez, J., “Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas”, en Barnes Vásquez, J. (Ed.), *Innovación y reforma del Derecho Administrativo*, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2006, pp. 272.

³⁷⁸Véase Barnes Vásquez, J., “Reforma e Innovación del procedimiento administrativo”, en Barnes Vásquez, J. (Ed.), *La transformación del procedimiento administrativo*, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2008, pp. 15-69.

³⁷⁹Véase García Macho, R., “Procedimiento administrativo y sociedad de la información y del conocimiento”, en Barnes Vásquez, J. (Ed.), *La transformación del procedimiento administrativo*, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2008, pp. 187-229.

restricciones al acceso a la información de los ciudadanos, establecidas en la instrucción y, en general, en todo el procedimiento.

Por otra parte, la restricción al acceso a la información y a la participación de los ciudadanos -hasta antes de la dictación de la nueva normativa que rige actualmente la materia³⁸⁰- limita el principio de participación del artículo 9.2 de la Constitución, según el cual los poderes públicos han de *“facilitar la participación a todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”*. Asimismo, el acceso a la información de los ciudadanos, que se regulaba en los artículos 35 y 37 de la Ley 30/1992 encarnaba una opción restrictiva, en relación con los artículos 20.1.d), 23.1 y 105 b) de la Constitución³⁸¹.

³⁸⁰Véase el capítulo IV del presente trabajo “La participación en la Administración Pública y la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno”.

³⁸¹El trasfondo de la crítica no se hace al clásico procedimiento de gravamen, en cuyo caso, el procedimiento delineado en la Ley 30/1992 parece ser adecuado, y es lógica la restricción a la participación a terceros. Los reparos se plantean en la aplicación de ese procedimiento en determinados ámbitos como el *medio ambiente* o el *urbanismo*, en los que la *participación de los ciudadanos* en general o el público es *imprescindible*. En la ley de procedimiento administrativo común no se prevé la perspectiva de procedimientos (medio ambiente, sanidad pública, educación, etc.) en los que el intercambio de información y participación de los ciudadanos sea imprescindible y deban participar en ellos como medio necesario para mejorar el funcionamiento de la Administración. Véase Ponce Solé, J., “Procedimiento administrativo, globalización y buena administración”, en Ponce Solé, J. (Coord.), *Derecho administrativo global*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 79-190.

**CAPÍTULO III: LA PARTICIPACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
COMO EXPRESIÓN DE INTERESES SUPRAINDIVIDUALES
(COLECTIVOS Y DIFUSOS)**

Introducción

A pesar de que el Derecho administrativo sea una rama de las ciencias jurídicas en constante evolución y, que entre todas, sea la que más mutaciones ha sufrido en el mundo contemporáneo por los cambios operados en el papel del Estado en la economía y en la sociedad, se puede convenir en que la estructura básica de esta disciplina, montada sobre el esquema de la Administración del Estado liberal de Derecho, en buena parte aún permanece inalterada³⁸².

En esta forma, casi todas las instituciones de Derecho administrativo tienen por objeto la regulación de una Administración Pública y de una realidad administrativa bastante distinta de la contemporánea. Por ello, el Derecho administrativo, a veces, se muestra como una disciplina desfasada en relación a la realidad de su objeto: *la Administración Pública y sus relaciones con los ciudadanos*³⁸³. En el mundo de hoy esto es lo que sucede, precisamente, con el tema de la *participación*. La Administración Pública que moldeó los dogmas del Derecho administrativo no era una Administración participativa ni concebía la posibilidad de la participación y, ello era así, tanto en su propia configuración interna como en sus relaciones con la sociedad y los ciudadanos³⁸⁴.

En efecto, el *fenómeno de la participación* que ha penetrado al Estado contemporáneo, originalmente a través de la vía política, está tocando a las puertas de la Administración y cuestionando los cimientos tradicionales de la

³⁸²Véase Prats Catalá, J., “Las transformaciones de las Administraciones Públicas de nuestro tiempo”, en Sainz Moreno, F. (Dir.), *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2003, pp. 27-102.

³⁸³Véase Sainz Moreno, F., “El valor de la Administración Pública en la sociedad actual”, en Sainz Moreno, F. (Dir.), *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004, pp. 103 y ss.

³⁸⁴Véase Duguit, L., *Las transformaciones del Derecho público*, Editorial Andecta, Pamplona, 2006, pp. 14 y ss.

disciplina. Por ello, en la transformación del Derecho Administrativo está en revisión la temática de la *participación* y, es eso, precisamente, lo que pretende enfocar el presente capítulo³⁸⁵, la *participación en la Administración Pública, desde un enfoque especial, esto es, la participación administrativa como cauce de expresión de intereses supraindividuales* (colectivos y difusos) desde una óptica lógico-jurídica. A cuyo efecto, se empieza con el estudio del concepto jurídico de la participación administrativa, para luego proseguir con los sujetos de la participación considerados tanto individual como colectivamente, y así, finalizar con una revisión de las distintas formas participativas en la Administración (procedimental, orgánica y consultiva).

1. La ideología de la participación

Adentrarse en el estudio de la *participación de los ciudadanos* en el ejercicio de las funciones públicas supone entender las premisas jurídicas, políticas e ideológicas de lo que hoy se entiende por tal participación. Para ello es necesario partir de las características de las modernas sociedades industriales, de las del esquema institucional que sobre ellas se asienta y de las relaciones entre aquel conglomerado social y este conjunto de instituciones públicas. En definitiva, la *idea de participación* lleva a replantearse el antiguo problema de las características de las modernas democracias occidentales. Y, al hacerlo así, se constata cuánto difiere la realidad actual de los esquemas del liberalismo clásico en los que aún se sustenta buena parte de la reflexión sobre el Derecho público³⁸⁶.

³⁸⁵Una vez estudiados en los capítulos previos tanto la temática de los intereses legítimos, en especial, los supraindividuales, así como el fenómeno participativos desde una óptica constitucional, se está listo para el estudio de la participación como manifestación de intereses de incidencia colectiva.

³⁸⁶Véase Parejo Alfonso, L., *Crisis y renovación en el Derecho público*, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2003, pp. 77 y ss.

Es decir, la base de toda la construcción liberal, que no es otra que la separación radical y ontológica entre Estado y Sociedad, entre individuo y ciudadano, si en algún momento histórico llegó a tener una cierta virtualidad práctica, al menos, como línea de tendencia ideológica, hoy en día es pura y simplemente insostenible, pues lejos de existir una autonomía sustancial entre el mundo de lo político y de lo social, una y otra esfera se interpenetran de forma cada vez más profunda y compleja. ¿Qué sectores sociales no necesitan hoy, en alguna medida, del apoyo de los aparatos público-institucionales para la tutela de sus intereses? ¿Y qué operación realizan los sujetos públicos sino la de publicar, es decir, asumir y tutelar con medios jurídico-públicos los diversos intereses supraindividuales en presencia, y la de mediar entre esos distintos intereses al objeto de privilegiar o redimensionar, unos más y otros menos, a todos esos intereses y la correlativa fuerza de presión de quienes los sustentan?³⁸⁷

La magna división categorial entre los intereses privados, individuales y formalmente iguales, y el interés general, distinto ónticamente de aquéllos, es una ficción jurídica, un mito decimonónico, que ha pasado ya a la historia, pues cada día se manifiesta más incapaz para asumir las funciones que le fueron encomendadas, a saber, servir de fundamento a todo un conjunto de soluciones jurídicas prácticas, juridificar las relaciones entre el soberano y los súbditos y, al mismo tiempo, aglutinar consenso ideológico en torno al carácter esencialmente neutral de los aparatos públicos. La complejidad de las sociedades modernas, en cuyo seno emergen, no sólo y no fundamentalmente intereses individuales, sino *intereses colectivos y difusos* que afectan a amplias categorías sociales y que gestionan o mediatizan grandes organizaciones, la heterogeneidad de los intereses públicos y el difícil proceso con que los individuos y, sobre todo, las grandes

³⁸⁷Véase Arenilla Sáez, M., *Crisis y reforma de la Administración Pública*, Netbiblio, La Coruña, 2011, pp. 15 y ss.

organizaciones se enfrentan y se relacionan con los poderes públicos, el complicado sistema de instituciones públicas y la pluralidad de sus relaciones recíprocas, todo ello ha hecho quebrar definitivamente aquella construcción del liberalismo clásico³⁸⁸.

En el marco de la misma, la *participación*, el tomar parte en las decisiones, usando el término en sentido etimológico, se expresaba sobre todo al nivel de lo social, como participación individual en la dominación social a través de la ampliación de la propia esfera, reservada y autónoma, de poder personal, de propiedad, regulada por las leyes de mediación del mercado. A ello, acompañaba, más que nada como una garantía funcional a la autorregulación de la sociedad —al menos idealmente— una participación política en el Estado, cuyo único cauce institucionalizado, en términos generales, era el derecho de sufragio, censitario, por lo demás, durante todo el siglo XIX³⁸⁹.

Al tiempo que la participación política aumenta, al ampliarse la base electoral, disminuye tanto el número de los que participan autónomamente en la esfera de lo social, debido al proceso de concentración del capital, como la misma relevancia institucional de las asambleas públicas representativas, en beneficio del aparato burocrático administrativo. Al mismo tiempo, se afianzan también las grandes organizaciones portadoras de los intereses de las categorías subordinadas, en especial, los sindicatos, mientras que los partidos políticos devienen permanentes y no sólo máquinas electorales, sino también grupos de presión. De esta forma, la participación en el proceso de elaboración de las decisiones que afectan a la

³⁸⁸Véase Rodríguez- Arana, J., “Análisis global sobre la reforma administrativa”, *Documentación Administrativa*, N° 246/247, 2002, pp. 233-240

³⁸⁹Véase Gil Grau, C., “Reflexiones sobre el cambio a un nuevo modelo de Administración Pública”, en Colomer Viadel, A. (Coord.), *La participación en las Administraciones Públicas, ¿cooperación o enfrentamiento?*, Amadis, Valencia, 2006, pp. 103-124.

colectividad se diversifica, por un lado, y se resume, por otro, en los contactos entre grandes organizaciones: partidos, sindicatos, multinacionales, Administraciones —en plural— Públicas, etc. En lo que se refiere a las más importantes decisiones, la mediación del mercado se ve sustituida por la mediación pública, por lo que lo importante serán las conexiones entre las organizaciones sociales y los aparatos públicos, en especial, las grandes burocracias administrativas.

Durante mucho tiempo el creciente desarrollo de estas formas de participación no va acompañado de un correlativo cambio institucional que sancione o juridifique estas interconexiones plurales entre sujetos formalmente públicos y privados. El esquema liberal democrático se mantendrá —donde se mantiene— y la participación es oculta o, todo lo más, semipública o semiinstitucionalizada por la repetición de prácticas de consulta o negociación. Naturalmente, una juridificación de estas relaciones significa, en un marco de democracia liberal, someterlas al principio de igualdad formal y reducir la arbitrariedad o discrecionalidad absoluta del poder público en la elección de sus interlocutores³⁹⁰.

Tan sólo en el período de avance democrático de los años sesenta, la idea de participación y el esfuerzo por extender la misma o gran parte de las funciones ejercidas por los poderes públicos tendrá sus frutos en la multiplicación de las instituciones jurídicas que recogen esta idea. Al mismo tiempo, la participación se constituye en una nueva ideología político-jurídica, cuya pretensión es la de sustituir a la antigua idea-mito del interés general. Todas y cada una de las instituciones del Derecho público tenderán a explicarse desde el punto de vista de la participación, englobando en esta

³⁹⁰Véase Villoria, M. e Iglesias, A., “Programas de reorganización y modernización administrativa: marco teórico y análisis del caso”, *Revista Vasca Administración Pública*, N° 56, 2000, pp. 199-231.

*partizipation-euphorie*³⁹¹, supuestos de carácter netamente integrador de grupos sociales subordinados, como algunos intentos de gestión antiburocrática de la cosa pública, como, por último, instituciones que nada tienen que ver con la idea primigenia de participación, tales como, la creación de empresas mixtas público-privadas o los conciertos entre la Administración y empresarios privados. La audiencia al interesado en el procedimiento administrativo -tradicionalmente instituida en función de garantía-, o las concesiones de servicios públicos serían, para algunos autores, formas de participación de los ciudadanos en el ejercicio de las funciones administrativas³⁹².

Se ha llegado a confundir, pues, los casos de colusión entre intereses privados y sujetos públicos, que tienen como fin apoyar a aquéllos y los casos en que los particulares intervienen en el proceso de realización de las funciones públicas para controlar el correcto ejercicio de las mismas. Junto a ello se intenta justificar el poder político como simple componedor, siempre neutral, de los intereses sociales contrapuestos o, se le considera pura y simplemente como campo a conquistar paulatinamente por organizaciones sociales bajo la égida de un partido-guía a través de una estrategia de acercamiento al área del poder.

Quedan así sucintamente apuntadas las ideas-clave del tratamiento del fenómeno de la *ideología de la participación*. Ahora, cuando se inicia un estudio específicamente jurídico de la participación se encuentra un gran número de normas jurídicas que utilizan el concepto de participación en sentido distinto, aplicado a realidades muy diversas. Igualmente, se hallan

³⁹¹Término acuñado por Schmitt-Glaesser, W., *Partizipation an Verwaltungssentscheidungen*, “Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer”, Heft, N° 31, Berlín, 1973, pp. 179-240.

³⁹²Véase Schmidt-Assmann, E., *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, INAP, 2003, Madrid, pp. 358 y ss.

intentos dispares de interpretación del concepto en general o incluso del carácter y contenido con que viene utilizado por cada norma en concreto.

Junto a su función ideológica, el Derecho es, sobre todo, un instrumento práctico de regulación social. A tal efecto, se vale de unas técnicas específicas, de un método propio, de un cuerpo sistemático de conceptos originales. Lo que ocurre es que la sistematización técnica del Derecho Administrativo en sus líneas generales fue elaborada en un momento histórico caracterizado por unas coordenadas económico-sociales, políticas y culturales diferentes a las actuales. Ante las realidades modernas, entre las que se encuentran los fenómenos de interconexión entre los particulares y la Administración, el Derecho Administrativo se halla falto de medios para ofrecer una respuesta adecuada, ya sea como instrumento directo de ordenación de las relaciones sociales, ya como aglutinante ideológico³⁹³.

2. La problemática jurídica de la participación administrativa

El término de *participación* viene usándose con relativa frecuencia en las declaraciones de voluntad de naturaleza jurídico-formal. Esta utilización es tendencialmente mayor a medida que se va produciendo una interrelación, pluralista en cuanto a los sujetos y a los medios, entre sujetos jurídicamente privados e instituciones públicas y, asimismo, está en relación con el aumento de la funcionalidad ideológica del concepto de participación. Sin embargo, una cuestión es el empleo del término en cuestión y otra distinta la

³⁹³En efecto, la creatividad jurídica ha quedado en buena parte bloqueada por el caparazón de los esquemas lógico-formalistas del pasado. De ahí, que la técnica jurídica se halle aún retrasada en cuanto al examen de los *fenómenos de participación*. Y, por la misma razón, sucede que los diferentes análisis generalizados no sólo llegan a conclusiones diferentes, hecho normal dentro del marco de las llamadas ciencias sociales, sino que incluso utilizan lenguajes distintos. Véase Font Llovet, T., “Algunas funciones de la idea de participación”, *La participación. Anuari de la Facultat de Dret*, Estudi Genral de Lleida, 1985, pp. 255-266.

instrumentalización de técnicas jurídicas de regulación de esa pluralidad de conexiones. Una cosa es incluir la palabra participación en un texto normativo o jurisprudencial y otra crear instituciones o instrumentos jurídicos a través de los cuales pueda manifestar una cierta eficacia práctica.

Así, pues, al nivel de los propios datos positivos existe una utilización del concepto de participación que por un lado es ideológica y legitimadora de una medida u orientación jurídica, mientras que, por otro, expresa resumidamente la creación de un nuevo modo de regulación de una relación entre sujetos jurídicos, formalmente considerados como públicos o privados. Por lo demás, en los supuestos de uso práctico del concepto, la participación va referida a las más dispares formas y métodos de interconexión, en coincidencia con las variantes ideológicas del concepto político correspondiente³⁹⁴.

Concretando un poco más, puede decirse que, por regla general, mediante la utilización del término *participación* quiere expresarse la existencia o previsibilidad de formas de expresión institucional de los intereses del ciudadano que superan los puros esquemas tradicionales de la democracia representativa, es decir, la elección del Parlamento y de las Administraciones locales. El término participación se aplica, pues, a los nuevos medios y formas de conexión entre el particular, individual o colectivamente considerado y el área institucional tradicionalmente definida como Administración Pública³⁹⁵.

A nivel constitucional, el tratamiento técnico del problema de la participación del ciudadano en la Administración Pública es insuficiente. En referencia tan sólo a las constituciones escritas de las democracias

³⁹⁴Véase Sánchez Morón, M., “Sobre el concepto de participación en la Administración Pública”, *Revista Seguridad Social*, N° 4, 1979, pp. 25-64.

³⁹⁵Véase Arenilla Sáez, M., *La reforma administrativa desde el ciudadano*, INAP, Madrid, 2003, pp. 235 y ss.

occidentales, se observa cómo las alusiones a tal tipo de participación son escasas e inconexas, sin que exista una adecuada instrumentalización técnico-institucional del fenómeno. En todo caso, habría que distinguir el uso del concepto a nivel de principio jurídico-constitucional, susceptible de una interpretación puramente ideológica ante la falta de un correlato institucional, de la introducción de nuevos institutos jurídicos de naturaleza participativa, y diferenciar al mismo tiempo entre las constituciones del período de postguerra y las promulgadas en épocas más recientes. Entre aquellas, tan sólo la Constitución italiana hace una referencia clara al tema a nivel de principios, en su artículo 3.2, disposición, por lo demás, capital para la importante elaboración posterior de la doctrina italiana y que ha venido a influir en constituciones más modernas y significativamente en la española. En estas últimas constituciones, la influencia de la ideología participativa de los años sesenta ha tenido lógicamente un gran peso, por lo que las mismas son más sensibles al concepto de participación. Así, por ejemplo, la Constitución portuguesa, en su artículo 228 prescribe lo siguiente. *“La Administración pública será estructurada de tal modo que se aproximen los servicios a la población, se asegure la participación de los administrados en la gestión efectiva de los mismos, especialmente, a través de organizaciones populares de base o de otras formas de representación democrática y se evite la burocratización”*.

La Constitución española es, sin duda, una de las que con mayor detalle y precisión acoge el *principio de participación*. El artículo 9.2 CE, cuyo modelo directo es el articulado 3.2 de la Constitución italiana, establece el principio general de participación al prescribir que *“corresponde a los poderes públicos... facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”*³⁹⁶. Sin embargo, la participación no

³⁹⁶No hay expresa mención en el párrafo 2º del artículo 9 de la Constitución a la *participación en el ámbito administrativo*. No obstante, la ausencia no puede considerarse significativa, por concurrir la circunstancia de que lo político, económico, cultural y social es, de modo inevitable, reconducido a

se consagra directamente como principio básico de la organización y actividad administrativa tal y como señala el articulado 228 de la Constitución portuguesa. A lo más se establecen algunas manifestaciones sectoriales del principio general del artículo 9.2 CE, aunque deba entenderse que las mismas no agotan el contenido y la potencialidad de este precepto general³⁹⁷.

De cualquier forma, no parece exagerado afirmar que, estas nuevas instituciones, si bien constituyen una mínima respuesta a las insuficiencias históricas del modelo liberal clásico, no reflejan un planteamiento coherente del problema de la participación administrativa. Pero es que, además, estas carencias institucionales se corresponden mal con la introducción de los principios jurídicos del llamado Estado social y democrático, así como con la consagración institucional de los derechos sociales. Hay una falta de relación precisa entre las llamadas parte dogmática y parte orgánica de las constituciones occidentales. Falta en general una interpretación jurídica del concepto de participación, por lo que éste viene instrumentalizado para

alternativas de poderes públicos, de ineludible contenido administrativo en su proyección organizativa y funcional. Véase Sánchez Blanco, Á, “La participación como coadyuvante del Estado social y democrático de Derecho”, *Revista Administración Pública*, N° 119, 1989, pp. 133-171.

³⁹⁷En este sentido, deben citarse la referencia a la reorganización de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de los entes públicos que debe garantizar el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos más significativos (artículo 20.3); la participación de sectores afectados en la programación general de la enseñanza, así como la de los padres, profesores y, en su caso, los alumnos en el control y gestión de los centros de enseñanza sostenidos por la Administración con fondos públicos (artículo 27.5 y 27.7 CE); la intervención de las organizaciones de consumidores y usuarios en las actividades públicas para la protección del consumo (artículo 51.2 CE); la audiencia a los ciudadanos y organizaciones sociales en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecte (artículo 105 a) CE); la previsión de participación de los interesados en la Seguridad Social y otros servicios que afecten a la calidad de vida o al bienestar general (artículo 129.1 CE), así como la promoción de la participación en la empresa (artículo 129.2 CE), que debe considerarse especialmente relevante en el ámbito de la empresa pública. No se deben olvidar tampoco, ciertas previsiones de reforma institucional que, sin situarse específicamente en el ámbito de la Administración Pública en sentido estricto, es decir, en cuanto que aparato burocrático, pueden incidir sobre el mismo de manera decisiva para aumentar el grado de participación ciudadana. Tal es el caso de la institucionalización de las Comunidades Autónomas o el de la necesaria apertura informativa de la Administración. También, la institución del Defensor del Pueblo, así como la posibilidad de una planificación general elaborada y ejecutada mediante un procedimiento de participación democrática (artículo 131 CE).

encubrir y justificar las mil y una manifestaciones de la voluntad del poder (o poderes)³⁹⁸.

3. Concepto jurídico de participación administrativa

Se hace necesario discernir entre una serie de conceptos jurídicos con el fin de delimitar el concepto jurídico de *“participación”*. Ciertamente es, que las distinciones que se intentan tienen algo de convencionales y formales. Por ello hay que señalar, previamente, que no en todos los casos la palabra *“participación”* viene utilizada por la norma en el sentido que aquí se expone con carácter general. En cada ocasión habrá que interpretar el concepto literal, sistemática y teleológicamente. No quiere decir, sin embargo, que se vayan a establecer definiciones puramente artificiales, pues en todo caso se tiene en cuenta la actual problemática administrativa y el origen histórico del concepto de participación administrativa, es decir, lo que supone de novedad con respecto a las categorías jurídicas del Derecho administrativo clásico.

Se parte, pues, de las diferencias con el esquema de las teorías del Estado de Derecho, así como, metodológicamente, de la conjunción de dos factores, técnico-formal uno e histórico el otro. Técnicamente, se tienen en cuenta elementos de tipo subjetivo (el individuo, en cuanto que hombre concreto y en su pluridimensionalidad, las organizaciones sociales), objetivo (la decisión administrativa en sentido amplio) y funcionales (la estructura de la actividad –no su contenido– que liga a los sujetos con la decisión). Desde esta perspectiva, el término *“participación”*, expresa un concepto relacional entre estos elementos. Por otra parte, el factor histórico, que sitúa en el marco de las democracias occidentales actualmente, sirve para centrar el concepto en lo que tradicionalmente se considera como área administrativa.

³⁹⁸Tampoco la jurisprudencia aporta datos positivos esclarecedores al respecto.

Participación administrativa, en el sentido más genérico posible, significa etimológicamente, *tomar parte en la elaboración de las decisiones formalizadas como función administrativa*³⁹⁹.

La definición es ya por sí amplia, pero tiene dos notas cualificativas. En primer lugar, se trata de una intervención en defensa de un interés colectivo. En segundo lugar, supone, al menos formalmente, un tipo de control administrativo, distinto e independiente del control judicial. Una y otra características van inseparablemente unidas. No se trata de proteger el espacio vital efectivo, sino de ampliar el espacio vital dominado, objetivo éste que sólo puede ser logrado colectivamente en términos generales. El juez no puede ampliar su función hasta tales extremos bajo el riesgo de autoatribuirse la discrecionalidad administrativa. Este supuesto es el que, en sentido técnico, puede denominarse como *participación en las funciones administrativas*.

Sólo que la gran amplitud casuística de esta figura y la diversidad teleológica de cada subtipo concreto obligan a realizar ciertas distinciones⁴⁰⁰. Las más importantes en la práctica son las siguientes:

- 1) La Administración toma libremente la decisión después de oír a cualquier sujeto interesado en el curso de la elaboración de la misma. Este es el caso de la participación procedimental, que no debe confundirse con las garantías procedimentales, en el que el administrado actúa como portador de su simple y propio interés individual y directo.
- 2) La Administración toma libremente la decisión después de consultar con determinadas organizaciones sociales portadoras de intereses

³⁹⁹Véase Sánchez Morón, M. *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, Centro Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, pp. 103 y ss.

⁴⁰⁰Véase García De Enterría, E. y Fernández, T.R., *Curso de Derecho Administrativo II*, Civitas, 12ª Edición, Madrid, 2011, pp. 86 y ss.

supraindividuales. Supuesto de participación consultiva, en el que habría que discernir los casos en que la consulta se practica individual y voluntariamente por cada organización (cercano al de la participación procedimental) o bien conjuntamente a través de un organismo consultivo específico (cercano a la participación orgánica).

- 3) Un supuesto específico semejante al anterior es el de la toma de la decisión por la Administración después de un compromiso al que ha llegado conjuntamente con las organizaciones interesadas. Puede hablarse aquí de *participación-negociación*, caracterizadora de los procesos decisoriales modernos.
- 4) En ocasiones, la intervención del particular o grupo social portador del interés supraindividual se encauza a través de un órgano administrativo de decisión, o bien de control de las decisiones burocráticas o de una actividad administrativa específica. Este es el caso de la *participación orgánica*, figura en la que se condensa la más alta carga participativa y controladora.
- 5) Distinto es el caso de sustitución del ciudadano en cuanto tal a la propia Administración en la determinación de una medida concreta. El particular actúa como componente de un cuerpo electoral más o menos general, si bien el objeto de su actuación es una decisión formalmente administrativa. Estas serían las llamadas por la doctrina formas de democracia directa⁴⁰¹.

⁴⁰¹El tipo básico es el referéndum. Véase Cuesta López, V. *Participación directa e iniciativa legislativa del ciudadano en democracia constitucional*, Civitas, Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 45 y ss.

4. La participación como expresión de intereses supraindividuales

Entonces, al hablar de *participación administrativa*, es decir, de la intervención de los particulares en las tareas administrativas, se debe señalar, ante todo, que para que exista realmente, es necesario que esa intervención se haga en defensa o representación de *intereses difusos y colectivos*, esto es, intereses de carácter *supraindividual*. Por tanto, no toda intervención de los ciudadanos en la elaboración de las decisiones administrativas encaja dentro del concepto de participación administrativa que, como producto, a la vez, de un discurso político basado en la democratización y de un discurso tecnocrático basado en la eficacia, está tocando a las puertas del Derecho administrativo, pidiendo un reconocimiento formal y teórico para eliminar el desfase que aún mantiene con su objeto: la *Administración*⁴⁰².

En efecto, la participación individualizada de los particulares en representación de su particular interés o como individualidades, es una técnica vieja que se ha desarrollado en la Administración tradicional, sea para garantizar el derecho de defensa, sea como técnica de colaboración con la Administración. En esta forma, el derecho a ser oído en los procedimientos administrativos que pueden afectar situaciones jurídicas subjetivas ha sido reconocido en el mundo moderno, en todas las regulaciones sobre procedimientos como garantía procedimental del administrado. Y ha sido, precisamente, por el reconocimiento de este derecho, que el dogma del secreto y la reserva de archivos administrativos ha comenzado a ceder, al reconocérsele al particular el libre acceso al expediente del cual pueda resultar una decisión que lo afecte⁴⁰³.

⁴⁰²Véase Ponce Solé, J., “Procedimiento administrativo, globalización y buena administración”, en Ponce Solé, J. (Coord.), *Derecho administrativo global*, INAP, Madrid, 2010, pp. 79 y ss.

⁴⁰³Véase De Vera Santana, F.L., “La experiencia evaluadora”, en *Derecho administrativo del siglo XXI*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2008, pp. 45-84.

En el mismo orden, la Administración, con frecuencia, asocia a particulares en la toma de decisiones, mediante un requerimiento de colaboración personal o técnica, con el objeto de examinar un problema o adoptar una decisión, proceso en el cual el particular si bien no actúa defendiendo su propio interés personal y directo, tampoco lo hace en nombre de algún interés general concretizado. Todos estos supuestos en los cuales los particulares toman parte en el proceso de elaboración de una decisión administrativa han sido reconocidos y aceptados por el Derecho administrativo, y no contienen ninguna novedad, pues, en definitiva, en la casi totalidad de los casos, la relación entre la Administración y el ciudadano sigue siendo una relación entre el interés público que aquella representa y un interés particular e individualizado⁴⁰⁴.

La novedad que sugiere el tema de la participación administrativa, en cambio, está en aquellas conexiones entre Administración y ciudadanos, pero basada en otra ecuación de interés, en la cual todos son intereses generales: por una parte, el interés público –porque el interés general ha sido publicitado al asumirlo la Administración- y, por otra parte, otros intereses generales, colectivos y difusos, que pujan por ser reconocidos formalmente. Es en esta noción de *intereses colectivos y difusos* en la cual está la clave del *fenómeno de la participación en la Administración* de hoy y que aún provoca un desfase en el Derecho administrativo, cimentado en la noción de interés personal para regular las relaciones entre el Estado y los particulares⁴⁰⁵.

⁴⁰⁴Véase Nieto García, A., “La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo”, *Revista Administración Pública*, N° 76, 1976, pp. 9-30.

⁴⁰⁵Los *intereses colectivos y difusos* son *intereses abiertos a la participación*, pues, a través de ellos, el ciudadano, sea como individuo o en su dimensión social, comparte un determinado interés con una colectividad o grupo, en función de una progresividad en el desarrollo de su personalidad y de sus condiciones de vida. Véase Brewer-Carías, A., *Estudios de Derecho administrativo*, Ediciones Roseritas, Bogotá, 1986, pp. 39 y ss.

Esta perspectiva lleva a señalar que, en el mundo contemporáneo, por el proceso de democratización, de pluralismo y de intervención del Estado en la vida económica y social, hay una multitud y heterogeneidad de intereses sociales, que exigen ser tutelados. Hasta hace poco sólo los que asumía el Estado directamente – el interés público- eran tutelados por éste mediante obligaciones de hacer (prestaciones) o de no hacer (libertades); y, en el otro extremo, el interés personal y directo del ciudadano, también resultaba tutelado por las vías de control jurisdiccional de la acción administrativa⁴⁰⁶.

Sin embargo, en el mundo moderno empiezan a hacer aparición otros intereses, aún no publicados y de carácter supraindividual –los intereses colectivos y difusos- que están presionando por ser tutelados, precisamente, a través de *normas participativas*⁴⁰⁷.

4.1. El interés difuso y el interés colectivo

Ahora bien, el *interés difuso* se entiende un interés jurídicamente reconocido, pero que corresponde a una pluralidad indeterminada o indeterminable de sujetos. Su reconocimiento por el ordenamiento jurídico puede ser explícito o implícito y, posteriormente, en algunos casos, puede abarcar a todos los sujetos que integran la comunidad⁴⁰⁸.

En este sentido, la mayoría de los derechos sociales reconocidos en la Constitución se configuran como de intereses difusos en el sentido señalado, alguno de los cuales se los ha calificado, como enunciados programáticos y, entre ellos, está el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada

⁴⁰⁶Véase González Cano, M.I., *La protección de los intereses legítimos en el proceso administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 107 y ss.

⁴⁰⁷Véase Rodríguez Palop, M.E., *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 266 y ss.

⁴⁰⁸Véase Lozano-Higuero Pino, M., “Legitimación, protección jurisdiccional de los intereses difusos”, en Morón Palomino, M. (Ed.), *El proceso civil y su reforma*, Colex, Madrid, 1998, pp. 169-190.

(artículo 47 CE), el derecho a la protección de la salud (artículo 43 CE), el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado (artículo 45 CE).

En todos esos casos, esos “*derechos*” como intereses difusos no son intereses individualizados, relativos a una esfera personal y propia de los individuos, sino que se trata de intereses que pertenecen a todos. Tampoco son intereses propios de una comunidad organizada constituida por la sumatoria de los intereses de los individuos concretos que la componen. En efecto, el interés difuso ha comenzado a penetrar el ámbito del Derecho administrativo, por la vía de la legitimación procesal, particularmente, en el área contencioso-administrativa y, además, comienza a desarrollarse la convicción de que el logro de su efectividad, realmente será completa, a través del *derecho de participación*⁴⁰⁹.

Entonces, el *interés difuso* no es un simple interés por la legalidad o constitucionalidad que tiene todo habitante de la sociedad, sino que está vinculado a un *derecho de participación*, es algo más, jurídicamente protegido. Por ello, el interés difuso aparece vinculado a ciertas agrupaciones sociales que responden a una especialización en razón del bien jurídico protegido. Por ejemplo, las asociaciones de vecinos, a las cuales se les encomienda la tarea de gestionar, en nombre de la respectiva comunidad, la atención de sus problemas y la defensa de sus intereses generales⁴¹⁰.

Pero además del interés difuso como base de participación, también ha encontrado protección del ordenamiento jurídico el *interés colectivo*, el cual se ha considerado una *especificación del interés difuso*. Sin embargo, el interés colectivo, a diferencia del simplemente difuso, se concreta en

⁴⁰⁹En todos esos casos, el *interés difuso* se ha protegido por el ordenamiento jurídico al reconocerse a determinadas asociaciones con grado de permanencia un derecho a participar, en virtud de la especialización de las mismas. Véase Brewer-Carías, A., “El Derecho administrativo y la participación de los administrados en las tareas administrativas”, *Revista Derecho Público*, N° 22, 1985, pp. 5-31.

⁴¹⁰Véase Cadena Roa, J. “Desempeño de asociaciones y condiciones de entono”, en Luna, M. y Puga, C. (Coords.), *Nuevas perspectivas para el estudio de las asociaciones*, Anthropos, Barcelona, 2010, pp. 177-191.

comunidades compuestas por sujetos más o menos determinables. En definitiva, es el interés de un grupo más o menos determinable de ciudadanos, que se persigue en forma unificada, por tener el grupo características y aspiraciones sociales comunes⁴¹¹.

En estos casos, entonces, se está en presencia de intereses colectivos que son defendidos por asociaciones caracterizadas por su especialidad y determinabilidad de sus asociados, que actúan no en defensa de un interés individual, sino, precisamente, colectivo, y que también constituyen expresión de un *derecho de participación*.

4.2. En resumen: el derecho de participar

El tema de la *participación administrativa* o de la participación de los particulares en tareas administrativas, encuentra su fundamento, precisamente, en la *expresión de estos intereses de carácter supraindividual*, colectivos y difusos, que no necesariamente son “*públicos*”, en el sentido de que su representatividad no ha sido asumida monopolísticamente por el Estado.

Por tanto, la participación en la realidad administrativa surge en el área de estos intereses supraindividuales que se encajan entre los tradicionalmente opuestos: interés privado individual, por una parte, e interés público como legitimador de la acción de los poderes públicos, por otra. Precisamente, *la efectividad de estos intereses difusos y colectivos es lo que está transformado progresivamente a la propia Administración Pública, democratizándola, abriéndola y, además, golpeando a las puertas de los propios dogmas tradicionales del Derecho público.*

⁴¹¹ Así, por ejemplo, la defensa de intereses colectivos se identifica fácilmente en los sindicatos y asociaciones cooperativas. Véase Cappeletti, M., “Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil”, *Boletín Mexicano Derecho Comparado*, N° 83, 1995, pp.1-40.

En este orden de ideas, se puede decir que la participación en la Administración Pública, propiamente dicha, se manifiesta realmente cuando se produce la intervención de sujetos de derecho en la actividad administrativa en defensa de intereses supraindividuales y, esto, puede ocurrir, tanto en los casos en los cuales es un individuo el que participa en representación de intereses colectivos y difusos de los que no es titular individualmente, sino como parte de la comunidad, como en los casos en que es la asociación o comunidad la que participa en representación de tales intereses de incidencia colectiva⁴¹².

Sin embargo, en materia de participación administrativa lo más comúnmente desarrollado en la actual Administración es la *participación colectiva*, es decir, aquella que se realiza colectivamente a través de grupos o estructuras sociales organizadas, a las cuales se reconoce en el ordenamiento jurídico la legitimación necesaria para ello.

5. Los sujetos de la participación administrativa

Definida, entonces, la *participación administrativa como intervención en la actividad de la considerada área administrativa en defensa de intereses supraindividuales (colectivos y difusos)*, el siguiente paso versa en revisar con más detalle *quién participa* o puede o debe participar en las funciones administrativas.

Sociológicamente, está demostrado que determinados sujetos sociales intervienen, en las funciones administrativa, sea que lo hace como portador de intereses colectivos y quien actúa en beneficio de sus propios intereses individuales. Pues bien, lo que ocurre, en términos jurídicos, es que cada

⁴¹²Véase Sánchez Blanco, A. “La participación como coadyuvante del Estado social y democrático de derecho”, *Revista Administración Pública*, N° 119, 1989, pp. 133-171.

operador jurídico, ya sea legislativo, judicial o administrativo y muy especialmente este último, tiene un cierto grado de autonomía a la hora de designar o admitir los participantes efectivos. Existe una amplia esfera de discrecionalidad especialmente administrativa en esta materia. Ante ello, el jurista puede señalar unos criterios limitativos u ordenadores de tal discrecionalidad en base a los principios y los preceptos del ordenamiento, sin desconocer las consecuencias sociopolíticas de tales criterios⁴¹³.

En las páginas siguientes, con carácter general, se examinan las distintas soluciones positivas al problema de los sujetos participantes y las consecuencias que de ellas derivan.

5.1. La participación individual

Considerando al individuo singularmente, no como representante o dirigente de un grupo social organizado, puede observarse cómo determinados ordenamientos jurídicos le atribuyen facultades de intervención en las decisiones administrativas en actuación de intereses de los que es titular no individualmente. Por ejemplo, se le reconoce la posibilidad de intervenir en un procedimiento administrativo para la elaboración de un acto general que tiene como destinatario a una pluralidad de ciudadanos colectivamente considerados⁴¹⁴.

El problema jurídico que se plantea en tales supuestos es el de la legitimación del individuo concreto o, dicho de otra manera, el del título jurídico de su participación administrativa⁴¹⁵. Ello se resuelve mediante el

⁴¹³Véase Atienza, M., “Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica”, *Revista Española Derecho Administrativa*, Nº 85, 1995, pp. 5- 26.

⁴¹⁴Se le atribuye el derecho de elegir un consejo de escuela o facultad o bien de distrito escolar o universidad, etc.

⁴¹⁵Véase Luhman, N., “Participación y legitimación: ideas y experiencias”, en *La participación. Anuari de la Facultat de Dret*, Estudi General de Lleida, Barcelona, 1985, pp. 11-22.

reconocimiento a favor del mismo de la titularidad de un interés difuso o colectivo, según los casos. Así, si se admite por el derecho positivo la facultad de los destinatarios de un servicio público, de los consumidores de un bien público, de los trabajadores de una unidad administrativa o de los componentes de una comunidad social a intervenir individualmente en un procedimiento administrativo o en un acto electoral, bastará confirmar la cualidad de un individuo como perteneciente a la comunidad difusa o a la colectividad de referencia para confirmar su titularidad del derecho atribuido con carácter genérico. En tal caso puede hablarse de *derechos de participación*, derechos declarables y tutelares a través de una acción judicial individual. No se trata, pues, de un mero derecho subjetivo público, en el sentido clásico del término, sino más bien de un status jurídico que tiene un contenido participativo.

Pero si desde el punto de vista lógico-formal no parecen existir grandes problemas teóricos, cosa distinta sucede desde una perspectiva sustancialista, es decir, teniendo en cuenta ese contenido participativo y valorándolo sociológicamente. Resulta entonces, como se concluye con carácter casi general, que tales supuestos de *participación individual* presentan una escasa incidencia práctica sobre el operar administrativo. Las posibilidades reales de influencia de la acción administrativa por el individuo aislado son casi nulas y los supuestos institucionalizados tienen más valor ideológico (integrativo) que real. De todas formas, conviene distinguir entre varios tipos de participación individual⁴¹⁶.

Un primer tipo participativo es el de la intervención procedimental en base a *intereses difusos o colectivos*. Los ejemplos en el derecho español y comparado son numerosos. Formalmente, este tipo de participación del individuo aislado (del “*hombre de la calle*”) tiene dos funciones principales:

⁴¹⁶Véase Sánchez Morón, M., *La participación del ciudadano en la administración Pública*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, pp.137 y ss.

una de ellas, sería proporcionar una serie de datos técnicos que pueden ser de utilidad a la Administración para la adopción de una decisión. Una consideración exclusiva de esta finalidad llevaría a rechazar el calificativo de participación para tal supuesto, en el sentido que se ha definido ella. Se estaría más ante un caso próximo al de intervención de expertos, si bien no fuese una intervención técnica nominal, sino abierta a una pluralidad de sujetos.

Una segunda finalidad, que en la práctica va ligada a la primera, sería la toma en consideración por parte de la Administración de la opinión del interviniente, en cuanto que éste es portador de un *interés difuso o colectivo*. La consecuencia jurídica de esta interpretación no sería, evidentemente, la necesidad de la Administración de adecuar su resolución a los deseos del o de los interesados. La responsabilidad corresponde siempre a la autoridad administrativa. Pero si la ley no dijese nada en contrario, la lógica de los principios que rigen el procedimiento administrativo llevaría a exigir una motivación de la no adecuación del acto final a las manifestaciones de opinión o voluntad de los interesados. Ello podría producir ciertos trastornos en el funcionamiento de la máquina administrativa, obligada si no a dar una respuesta jurídica a todos y cada uno de los posibles participantes, pues lo mismo daría una motivación unitaria que acompañe el acto final y en los que se contestase a todos los bloques de observaciones expuestos, sí a considerar cada una de las intervenciones. Si se tiene en cuenta el número de hipotéticos participantes titulares de un interés difuso o colectivo cualquiera, se podría concluir que este tipo de participación individual puede dar facilidades para acciones de carácter obstruccionista⁴¹⁷.

⁴¹⁷Véase Ponce Solé, J., “La nueva posición de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración Pública”, en Tornos Mas, J. (Coord.), *Administración Pública y Procedimiento Administrativo*, Bosch, Barcelona, 1994, pp.121-153.

Sin embargo, la realidad se presenta muy distinta, Normalmente la Administración hará muy poco caso de la intervención del particular o la tendrá en cuenta en medida desigual según la importancia social del interlocutor. Entonces, la intención participativa reflejada en la norma se transforma en sentido ideológico justificativo. El supuesto tiene una naturaleza integrativa que opera a nivel de ideología y de psicología individual. Se acerca más a los instrumentos de relaciones públicas de la Administración que a un verdadero modelo de participación administrativa en sentido estricto. En efecto, lo que interesa destacar son las escasas posibilidades que tiene el individuo aislado de incidir en la decisión del poder público. A ello, contribuye, igualmente, la posibilidad del particular para dominar una materia en su globalidad y la falta de información que como individuo soporta, sin que normalmente las normas sobre participación procedimental concurren decisivamente a subsanar ese defecto informativo sobre los asuntos públicos.

Un segundo tipo de participación individual, tomando ahora este calificativo como indicativo del grupo o conjunto social no organizado en el que cada individuo mantiene una cierta posibilidad de acción independiente, es el que ofrece la institución del *referéndum*. En estos casos la posición jurídica participativa del individuo parece que no presenta graves problemas técnicos. En cualquier caso, el referéndum cuenta con una base subjetiva determinada o determinable: los habitantes de una región, de un municipio, de un barrio, etc. Estos sujetos son titulares, todos y cada uno de ellos, de un interés colectivo que se actúa a través del instrumento referendario. En el momento de actuación de referéndum les corresponde un derecho individual de manifestar su opinión mediante el voto. En el momento previo de la iniciativa referendaria son titulares, todos y cada uno de ellos, de un derecho de petición que, normalmente, cuando es ejercitado por un cierto número de ciudadanos, tiene por consecuencia obligada (reglada) la puesta en marcha

del mecanismo referendario y la convocatoria al voto. A veces, este derecho procedimental de iniciativa se reserva, sin embargo, a ciertos representantes u organismos públicos⁴¹⁸.

Desde un punto de vista subjetivo, interesa destacar que se trata de acciones de tipo comunitario. Es decir, son acciones en las que el individuo toma parte inorgánicamente junto con otros miembros de su misma comunidad, pero en cuanto individuo aislado, si bien tampoco como perteneciente y a través de un grupo social organizado⁴¹⁹.

Sin embargo, esta calificación jurídica debe contrastarse con la realidad sociológica. Desde luego, las posibilidades de incidencia en el contenido de la acción administrativa son, en este caso, mucho mayores que en el supuesto de la participación procedimental. Si se trata de un referéndum consultivo, la fuerza política moral de una opinión pública mayoritaria definida haría muy difícil, en términos políticos, la adopción de una resolución contraria, jurídicamente posible. Si se trata de un referéndum decisorio las consecuencias del voto popular son directas e inmediatas. No obstante, en la práctica esta acción comunitaria no puede considerarse como totalmente libre y autónoma. En primer lugar, porque el contenido de un posible referéndum, la cuestión o alternativa que se somete a la decisión de la comunidad, viene fijada de antemano por el procedimiento de actuación y, en especial, por la petición o iniciativa referendaria, de manera semejante al mecanismo jurídico de la congruencia procesal.

En segundo término, porque el acto de iniciación, la petición del referéndum, si bien puede concretarse jurídicamente en una serie de actos individuales libres, requiere un esfuerzo organizativo y una voluntad

⁴¹⁸Véase Oliver Araujo, J. “El referéndum en el sistema constitucional español”, *Cuadernos de la facultad de derecho*, Nº 15, Palma de Mallorca, 1986, pp. 95-148.

⁴¹⁹Lo mismo sucede en los supuestos de iniciativa popular. Véase Sánchez Morón, M., “El sistema político local: fórmulas de gobierno y participación ciudadana”, en *Informe sobre el gobierno local*, MAP, Madrid, 1992, pp. 318 y ss.

concretizada y homogénea, que sólo puede conseguirse, por regla general, a través de grupos organizados. Sólo un partido político o una asociación estructurada son capaces de organizar la recogida de firmas, la presentación de las mismas para su legalización, la publicidad necesaria y los debates políticos sobre el asunto de que se trate. Ello significa que los grupos, políticos o de intereses, promotores son los que de hecho fijan el contenido concreto de la cuestión que se somete a votación. La ventaja, desde el punto de vista del sujeto concreto, consiste en la posibilidad de expresar su opinión con eficacia jurídica pública en relación con problemas específicos de la vida colectiva y no sólo dar su consentimiento o confianza a una política global, más o menos detallada, o a un grupo político determinado. Ello reduce el papel de la mediación y mediatización de los partidos políticos y de los grupos de interés, aparte de que deja mayor espacio a la acción de las minorías políticas⁴²⁰.

Un último tipo genérico de participación administrativa a título individual viene constituida por los supuestos de *elección de representantes* en el seno de estructuras administrativas. Los ejemplos son numerosos, denominados a veces como supuestos de cogestión o autogestión administrativa. Los consejos de universidad o escuela, los consejos de barrio electivos, algunas estructuras representativas en el campo de la administración sanitaria, etc., se encuadrarían en esta figura participativa.

También en este ámbito se está frente a los intereses colectivos, no meramente difusos, por la imperiosidad de determinación o determinabilidad de la comunidad sujeto de la participación. Aunque el criterio de determinación puede no ser, o no ser únicamente territorial. Por ejemplo, los

⁴²⁰De hecho, en estas últimas ideas, puede advertirse, la contradicción inherente a la figura del *referéndum*, en cuanto que su consideración aislada y su uso indiscriminado puede llevar a situaciones de descomposición del abanico político, con graves efectos desestabilizadores, mientras que, por el lado positivo, puede constituir un remedio contra el oligopolismo elitista y burocratizado de la actividad política institucionalizada. Véase Aguiar De Luque, Luis, *Democracia directa y Estado constitucional*. Edersa, Madrid. 1977, pp. 50-51.

estudiantes de una facultad o distrito universitario, los padres de alumnos de una escuela o distrito escolar, los trabajadores sanitarios de un hospital o de una circunscripción sanitaria. En tales casos, el criterio definitorio es de carácter funcional, mientras que el elemento territorial pasa a un segundo plano, como constitutivo de una ulterior especificación. Lo que importa es, pues, la pertenencia de un ciudadano a una comunidad funcionalmente determinable, ya que ello le hace titular de un interés colectivo concreto. La forma de ejercicio de ese interés colectivo es individual, en cuanto que supone un derecho individual de participación, que se concreta en el voto, al que pueden vincularse otras facultades conexas. En términos generales, es un derecho que se actúa comunitariamente. La base jurídica de este supuesto participativo, viene, pues, por estos tres elementos técnicos: interés colectivo, expresado a través de un derecho participativo individual que se actúa comunitariamente. Se diferencia de la participación procedimental en cuanto que ésta consiste en una actuación individual de un derecho participativo individual, derivado de la titularidad de un interés colectivo. Se distingue del referéndum sobre decisiones administrativas en cuanto a la forma de institucionalización de esa actuación comunitaria o, más en concreto, en cuanto al objeto de la misma, de aprobación, derogación o consulta sobre una medida concreta, en un caso, de designación de representantes en el otro.

Políticamente, este tipo de participación supone la extensión, funcionalmente diferenciada, de la democracia representativa al área administrativa. En base a una lógica formal y partiendo de un abstracto principio democrático, podría concluirse que ésta es la línea de progresión óptima. Sin embargo, la confrontación sociológica con la realidad contemporánea obliga a hacer ciertas precisiones. Ante todo, si la base comunitaria, la colectividad de referencia, tiene un cierto nivel de generalidad, es decir, una cierta magnitud demográfica o territorial, la

mediación de las organizaciones sociales o políticas se impone como normal en coherencia con las características del sistema socio-político. Los candidatos a consejeros de barrio o de distrito escolar o universitario a veces incluso de facultad o escuela u hospital, vienen designados por los partidos políticos o asociaciones específicas (sindicatos, asociaciones de padres de alumnos, de vecinos, etc.), interrelacionadas con aquéllos. Ello limita sociológicamente el grado de autonomía individual en la decisión. En ciertos casos, bien sea por imperativos técnicos o, sobre todo, por la imposibilidad o la dificultad de determinación de la comunidad interesada, este supuesto de participación no ofrece posibilidades reales de institucionalización. Jurídicamente, este último motivo de imposibilidad puede definirse como de existencia de un interés difuso no especificado como interés colectivo. Por ejemplo, es imposible elegir representantes directos de los consumidores de un bien o servicio público, como podría ser el transporte ferroviario o el servicio telefónico por la indeterminabilidad de aquéllos y la generalización del servicio en cuestión. Además, normalmente son varias las comunidades especificadas funcionalmente a las que jurídicamente puede atribuirse un interés colectivo con relación a una cierta actividad administrativa: profesores, estudiantes y personal no docente en el caso de la universidad, entre los que incluso subdistinguirse otras categorías. Jurídicamente, hay diferencias de status, lo que comporta elecciones diferenciadas y una composición de representación, asimismo, diferenciada o, en sentido atécnico, estamental. El problema sustancial está en determinar las diferencias de status y la relevancia, igual o distinta, paritaria o desigual, que se atribuye a cada colectividad o interés colectivo. Un último problema, es el de efectuar la conexión entre los diferentes intereses colectivos, por orden de inmediatidad y de generalidad por relación a una actividad administrativa específica. Una participación exclusiva y pluridiferenciada de las

colectividades directa o más directamente interesadas en cada tipo de actividad podría dar lugar a tendencias corporativistas⁴²¹.

A pesar de ello y, a pesar también de los condicionamientos generales que el sistema socio-político opone, ésta parece ser dentro de las formas posibles (factibles institucionalmente) de participación las más genuinamente democrática. Desde un punto de vista subjetivo, potencia la relación de las organizaciones sociales con la comunidad y restringe su tendencia a la conformación como grupos de presión burocratizados.

5.2. La participación colectiva

La participación que se realiza colectivamente, es decir, a través de los grupos o estructuras sociales organizadas. Este tipo subjetivo de participación administrativa es, sin duda, sociológicamente más importante que la individual por el simple hecho de que nos hallamos en una sociedad de grupos, de organizaciones. Se quiera o no, la realidad que debe reconocerse como punto de partida es que la participación de las organizaciones sociales es más efectiva, más incisiva, en términos generales (ya sea desde el punto de vista integrador o alternativo), que la participación individual⁴²².

Jurídicamente, se plantea el problema técnico de la legitimación o título de participación de un determinado grupo o estructura social. Este título

⁴²¹Véase Sánchez Morón, M., “Participación, neocorporativismo y administración económica”, en Martín-Retortillo, S. (Coord.), *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo De Enterría*, Vol. 5, Economía y Hacienda, Madrid, 1991, pp. 3943-3978.

⁴²²Otra cosa es que este tipo de participación presente también sus contradicciones propias, así como el debate político y jurídico tendente a justificar y potenciar o a combatir y restringir tal tipo de participación en base a determinadas concepciones ideológicas y premisas técnicas. Véase Font, J., Montero, J.R. y Torcal, M. “Ciudadanos, asociaciones y activistas”, en Font, J., Montero, J.R. y Torcal, M. (Eds.), *Ciudadanos, asociaciones y participación en España*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2006, pp. 19- 43.

puede ser atribuido directamente por la norma o bien en forma indeterminada y determinable y sometida a la concreción por cada operador jurídico, sea administrativo o judicial. En abstracción se plantean los mismos problemas técnicos del grado de discrecionalidad de cada agente jurídico y de la interpretación y aplicación de la norma.

En cuanto a los sujetos participantes, es necesario volverse a referir al concepto unitario de sujetos portadores o exponentes de intereses difusos o colectivos. Ahora bien, las formas participativas de expresión jurídica de estos sujetos dan lugar a determinadas particularidades desde el punto de vista propiamente subjetivo que es preciso analizar a continuación.

En algunos casos, la participación de los grupos sociales organizados es abierta y subjetivamente indeterminada. Es decir, se reconoce la posibilidad de que todo sujeto portador de intereses difusos y colectivos, ya sea individual o colectivo, a su vez, tome parte en una función administrativa. Caso típico sería el de la participación procedimental abierta a los componentes de una comunidad definida o difusa. Si entre los miembros de dicha comunidad existe una organización u organizaciones que tienen como finalidad la defensa del interés difuso o colectivo concreto de que se trate, bastará comprobar que aquéllas persiguen tales fines para admitir su participación. En estos casos la organización o estructura social participa de modo semejante a como puede hacerlo un particular, en base al principio de que no puede prohibirse hacer a varios colectivamente lo que cada uno de ellos puede hacer individualmente. Incluso, en algunos supuestos, en que la intervención se atribuye sólo a grupos sociales que, aparte del fin específico, reúnan otros requisitos y no a ellos cumulativamente con los particulares, la consecuencia jurídica sería la misma⁴²³.

⁴²³Véase Calvo Ortega, R., *Estado social y participación asociativa*, Thomson Reuters, Pamplona, 2009, pp. 153 y ss.

En definitiva, toda organización que reúna los requisitos *ad hoc* tendría un derecho de participación. En estos casos, se debe hablar de representatividad de intereses en sentido absoluto. El término de representatividad se usa aquí como indicativo de la relación que vincula a una organización con un interés difuso o colectivo cualquiera. Puesto que el criterio fundamental es el de la finalidad de la organización, en este caso, legitimación participativa y representatividad vienen a confundirse. La representatividad es la medida de la legitimación de las organizaciones sociales o centros de referencias de intereses difusos o colectivos. Naturalmente, un primer paso de concreción de la representatividad viene dado por la especificación subjetiva (comunitaria) que transforma el interés difuso en colectivo.

Pero lo que de novedad presenta la temática participativa respecto al problema general de la legitimación es, precisamente, que en los supuestos más característicos de participación colectiva tan sólo determinadas organizaciones vienen llamadas a concurrir. Así sucede, por regla general, en los casos de la participación consultiva, de la participación-negociación y de la participación orgánica decisoria. Es decir, tomando como base jurídica de la participación un interés colectivo y, teniendo en cuenta que, sobre la base subjetiva de la misma colectividad identificada, con los mismos fines jurídicamente reconocidos y con las mismas características de permanencia, pueden existir diversas estructuras organizadas, el legislador o administrador eligen tan sólo alguna o algunas de entre ellas como participantes en la actividad administrativa⁴²⁴.

⁴²⁴Por ejemplo, de entre todas las asociaciones o comités de vecinos que pueden existir en un barrio, con características sociales, políticas e ideológicas distintas, los representantes municipales en cada caso o por un reglamento general, eligen a algunas de ellas como interlocutores válidos. Entre la pluralidad de organizaciones sindicales existente, se designa por la norma a algunas, de manera determinada o determinable para concurrir a la gestión de un servicio asistencial; entre los distintos partidos políticos se establecen criterios diferenciales para su presencia gestionadora o controladora de un organismo radiotelevisivo.

Se opera, pues, una diferenciación entre las distintas organizaciones con la misma base jurídica subjetiva y con la misma finalidad jurídica formal. Entonces, se hablaría de representatividad de intereses en sentido relativo o comparativo. Sólo a determinados centros de referencia se les reconoce o atribuye la representatividad jurídica de un interés colectivo. Esta atribución viene realizada por la norma general o por una concreta actuación administrativa. En ambos supuestos existe un margen de discrecionalidad ya sea del legislador o del que aprueba la norma reglamentaria o bien del administrador que realiza una acción concreta. El problema jurídico consiste en fijar los criterios limitativos de esa discrecionalidad. Para ello habrá que tener en cuenta las prescripciones del ordenamiento y la jerarquía normativa. En todo caso, vale la pena examinar, con carácter general, los diferentes criterios establecidos y los problemas jurídicos y socio-políticos que presentan.

El primer tipo general de fórmula organizativa es el de la representación electiva. Este es el reverso de la moneda de la participación individual mediante fórmulas electivas. En realidad, los sujetos participantes son los grupos sociales: partidos políticos u organizaciones, tales como, sindicatos, asociaciones de vecinos, etc. El método de determinación de su representatividad es el de la democracia representativa. De esta manera se forman estructuras organizativas o centros de referencia de intereses colectivos a los que, en determinados casos, se les reconoce como sujetos de participación a su vez.

Un primer ejemplo, en términos generales, sería el de los organismos públicos de base electiva: consejos de barrio o de facultad, de universidad y de distrito escolar, e incluso, consejos municipales o de otros niveles de la llamada área administrativa. Estos organismos públicos son, por un lado, estructuras participadas y, por otro, sujetos participantes, lo que advierte sobre la conexión entre participación externa y participación interorgánica. En

realidad, los organismos públicos elegidos democráticamente ostentan jurídicamente la representatividad de sus respectivas comunidades.

Un segundo supuesto es el de las estructuras institucionalizadas de representación electiva no publicadas formalmente. Los ejemplos más notorios se encuentran en el ámbito de las relaciones laborales. El prototipo sería el comité o consejo de fábrica. Este sería (o podría ser en caso de reconocimiento por el ordenamiento) el centro de referencia y el sujeto exponencial de los intereses colectivos de los trabajadores de un mismo centro o empresa. Ahora bien, la realidad es que tales supuestos de estructuras electivas de carácter no público está escasamente extendido, dada su alternatividad con relación al sistema socio-político imperante. En la práctica, sólo pueden observarse manifestaciones de este tipo con relación a colectividades muy pequeñas y muy limitadas. E, incluso, cuando existen, el Derecho positivo no se decide a reconocer claramente su representatividad a efectos generales, otorgándola, por el contrario, a centros de referencia paralelos de las mismas colectividades, constituidos en base a fórmulas de representación de intereses. Por tanto, aparte de los entes públicos, este subtipo participativo ofrece muy poca positividad en los ordenamientos occidentales.

Sin embargo, los supuestos de *participación colectiva* son muy numerosos y se concretan, sobre todo, a través de la fórmula de la representación de intereses. Los sujetos de la participación, en este caso, son organizaciones de base voluntaria y espontánea. Es, precisamente, ahora, cuando se plantea el problema de una pluralidad de organizaciones o grupos sociales y de la discrecionalidad del legislador y, sobre todo, administrativa para seleccionar los interlocutores⁴²⁵.

⁴²⁵Véase López Rieux, C., “El papel de las representaciones locales en los procesos de participación en el ordenamiento territorial”, en Colomer Viadel, A. (Coord.), *La participación en las Administraciones Públicas ¿cooperación o enfrentamiento?*, Amadis, Valencia, 2006, pp. 551-566.

En principio, podría decirse que la representatividad de un grupo organizado depende de su capacidad para tutelar los intereses de sus miembros y de su comunidad de referencia. Pero, en el momento de concretar este postulado y de determinar el grado de representatividad relativa, los criterios jurídicos (y los políticos) utilizados por el legislador, el administrador y la jurisprudencia son muy variados y responden a motivos no puramente intrínsecos a la relación real entre organización y base subjetiva comunitaria. Desde una perspectiva sociologicista, esos criterios pueden reconducirse a dos subtipos. Uno de carácter *tecnocrático*, basado en la funcionalidad que para el mantenimiento del sistema presenta cada organización. Desde esta posición, se tiende a potenciar la representatividad de las grandes organizaciones, así como las de aquellas más afines ideológicamente a las concepciones dominantes.

El otro subtipo tiene una caracterización *finalista*. Se potencia la representatividad jurídica de las organizaciones portadoras de intereses que el ordenamiento jurídico pretende tutelar prioritariamente o portadoras de valores coincidentes con las finalidades ideales consagradas formalmente por el ordenamiento. En el marco del Estado social y democrático y de las constituciones que lo sancionan tendrían primacía principios, tales como, los de igualdad real y solidaridad, lo que podría traducirse en un reconocimiento de mayor representatividad a favor de los grupos sociales portadores de esos mismos valores. Conviene, ante todo, no engañarse y reconocer que, a nivel jurídico positivo, el primer tipo de criterio es prevalente, mientras que el segundo juega, en la mayoría de las ocasiones, como cobertura ideológica legitimadora. Aunque, debe añadirse que esta relación entre unos y otros no es mecánica y que el determinismo sociológico debe rechazarse en base a la pluralidad de operadores jurídicos diversos y a su respectivo margen de autonomía decisoria. Esta hipótesis debe aplicarse al conjunto de subsistema de la representación de intereses, que en su mayor parte se traduce en una

participación oculta. Pero también puede predicarse en concreto respecto de los supuestos más notorios de participación institucionalizada que, aunque constituyen tan sólo una parcela de la interconexión administrativa, vale la pena revisar. El caso más notorio es el de la *participación sindical*⁴²⁶.

La institucionalización de la participación del sindicato en el ejercicio de las funciones públicas no es un hecho reciente. Ello se explica en buena parte por la posición social del sindicato como organización portadora de los intereses del proletariado, clase antagónica de la burguesía dominante y, por tanto, por la necesidad de integrar a aquél en las tareas públicas, una vez superada la ilusión liberal de la autonomía de la sociedad y a tenor de la progresiva sustitución de la mediación del mercado por la mediación pública burocrática. La intervención del sindicato en la actividad pública es uno de los datos característicos del progresivo paso del Estado monoclasa al Estado pluriclasa. En líneas generales, el sindicato ha pasado de ejercer una función exclusivamente reivindicativa, a nivel puramente económico o incluso político general, a combinarla con formas de intervención en las actividades públicas, sustituyendo en mayor o menor medida aquélla por éstas según el grado de integración de cada sindicato y en cada Estado⁴²⁷.

Por lo que se refiere al derecho español, las amplias posibilidades que abre la Constitución de 1978 en el plano de la participación sindical. Los sindicatos de trabajadores en “*defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios*” (artículo 7 CE) van a poder intervenir en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten (artículo 105 a) CE), así como orgánicamente cuando menos en la gestión y control de la Seguridad Social de otros

⁴²⁶Sánchez Morón, M., “Reflexiones sobre la participación del ciudadano en las funciones administrativas en el sistema constitucional español”, *Revista Catalana de Dret Públic*, N° 37, 2008, pp. 223-245.

⁴²⁷Véase Palomeque López, M.C., “La participación institucional de sindicatos y asociaciones empresariales”, en *La participación. Anuari de la Facultat de Dret*, Estudi General de Lleida, Barcelona, 1985, pp.45-62.

organismos públicos de carácter cultural y asistencial y en la empresa pública como fácilmente puede derivarse del artículo 129 CE⁴²⁸.

La participación colectiva es más eficaz, a nivel político, que la mera participación individual, ya desde el punto de vista de la incidencia en las decisiones públicas como desde una perspectiva de integración. Tiene mayor relieve en la dialéctica entre estas dos finalidades. En realidad implica una participación de las elites funcionales, es decir, de los dirigentes de asociaciones y grupos de presión que en ciertos países están vinculadas a, o forman parte de las elites políticas (de partidos). Esto es de por sí un aspecto positivo, en cuanto que la extensión de la participación significa un aumento de los sujetos constitucionales y, en cierta medida, también de los propios agentes políticos.

El reverso de la moneda es que, desde el punto de vista del ciudadano, supone una participación indirecta no sólo mediada, sino también en buena parte mediatizada. En efecto, la participación colectiva a través de los grupos de presión acentúa la burocratización de los mismos y, por tanto, la tendencia sicológica al conservadurismo de las élites funcionales. Este elemento integrativo no se ve compensado suficientemente en la mayoría de los casos por el grado de influencia en las decisiones, pues no llega a incidir en la organización administrativa y deja un amplio margen de discrecionalidad a las burocracias administrativas clásicas. Así, sucede con la participación consultiva y la participación negociación. La participación orgánica presenta siempre en un plano subjetivo problemas algo distintos. Las propias organizaciones sociales ocupan el puesto del administrador público. Si la participación se institucionaliza en forma muy sectorizada y fragmentaria y sobre la base de una representatividad diferenciada numérica, los participantes pueden llegar a ser una pléyade de grupos de presión

⁴²⁸Expresamente, se alude a su colaboración y asesoramiento en el proceso de elaboración de proyectos de planificación económica en el artículo 131 CE.

ínfimos cada uno con sus intereses particulares. El peligro de favorecimiento de un nuevo corporativismo es obvio. Si, por el contrario, se potencia la participación de los grandes grupos en los que predomina el elemento de solidaridad, el riesgo que aparece es el del centralismo. El oligopolismo participativo y, en último término, la sustitución de una burocracia por otra⁴²⁹.

El individuo se siente abrumado por los grandes grupos, desinformado y programado desde fuera, tanto si está inscrito a alguno de ellos como, más aún, si permanece aislado o independiente. Ello plantea la cuestión de asegurar la participación y democraticidad interna de los propios grupos de presión “*privados*”, difícil de resolver jurídicamente. Otro problema, es el de la vinculación o control de las organizaciones sociales por los terceros, es decir, los interesados directamente en su funcionamiento o indirectamente representados por ellas, que no están afiliados formalmente. Jurídicamente no se ven otros instrumentos utilizables, dentro de un esquema constitucional democrático, que el de la publicidad de la actividad de las organizaciones y el derecho de sufragio.

Desde el punto de vista del grupo organizado, la institucionalización de la representación de intereses puede enredarle en las mallas del poder, hacerle menos atento a las presiones de la base. Desde el punto de vista del funcionamiento del aparato público, puede desembocar ya en una cristalización corporativa, ya en un contractualismo paralizante. Estas conclusiones generales son verificables en mayor o menor grado en los distintos ejemplos de participación administrativa positivizados. En todo caso comportan una desconfianza hacia la participación enfocada desde la óptica de la representación de intereses. Parece preferible, pues, partir del principio

⁴²⁹Véase Sánchez Morón, M., “Participación, neocorporativismo y administración económica”, en Martín-Retortillo, S. (Coord), *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García De Enterría*, Vol. 5, Civitas, Madrid, 1991, pp. 3943-3978.

de la representación política y articular los supuestos de la representación de intereses, no desdeñables en términos absolutos, en función de aquélla⁴³⁰.

La *participación administrativa* para ser efectiva no puede dejar de instrumentarse a través de los grupos sociales. Pero éstos deben encontrar *lege ferenda*, el criterio fundamental de su representatividad en fórmulas electivas. Ello supone, ante todo, extender progresivamente la democracia representativa al área administrativa partiendo de la descentralización territorial, desde el nivel regional al de la circunscripción urbana y articulando con estas estructuras representativas otros posibles supuestos de organismos sectoriales electivos. Requiere reordenar la unidad de acción política y el respeto al pluralismo social e ideológico mediante el instrumento de la programación democrática. Implica configurar los casos de institucionalización de la representación de intereses no hacia organismos de decisión propia y directamente responsables, sino específicamente de control político y financiero. Conecta, inevitablemente, con el problema de la información pública y de las facultades de acceso a la misma extendidas a una pluralidad de sujetos⁴³¹.

6. Las formas participativas como expresión de intereses supraindividuales

Se trata de analizar ahora en qué formas o modalidades jurídicas se concreta la *participación administrativa*. La variedad de supuestos es muy grande y lo es tanto más en cuanto que se parte de conceptos distintos de

⁴³⁰Véase García De Enterría, E. y Fernández, T.R., *Curso de Derecho administrativo, II*, Civitas, 12ª Edición, Madrid, 2011, pp. 86 y ss.

⁴³¹Se trata de una línea de tendencia que puede parecer limitada desde la óptica de un posible asambleísmo y que lleva consigo no una superación de las contradicciones socio-políticas, sino, en todo caso, su elevación a un nivel superior de democraticidad. Véase Sánchez Morón, M., *La participación del ciudadano en la Administración pública*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, pp. 161 y ss.

participación. Incluso, reduciendo en contenido del concepto en el sentido ya expuesto, es decir, como *intervención en las actividades administrativas en defensa de intereses difusos y colectivos*, las formas de intervención en que se realiza es variada.

En todo caso, los diferentes ejemplos de participación pueden reconducirse a dos grupos básicos. El primero de ellos, se caracteriza por la exterioridad de la intervención del particular o grupo portador de intereses difusos o colectivos. Éste mantiene su separación estructural del aparato administrativo y toma parte de manera más o menos periódica, más o menos ocasional, en el desempeño de las funciones administrativas, aportando su concurso en algunas de las fases del iter de la actuación administrativa. En este caso se habla de *participación funcional o procedimental*. El segundo tipo es aquel en que el sujeto participante se introduce en la propia estructura administrativa (no se confunde con ella), en virtud de formas permanentes e institucionalizadas de conexión. Se trata de la llamada *participación orgánica*⁴³².

A continuación se estudian ambos subtipos de participación, incluyendo también un espacio para la *participación consultiva*, la cual puede desarrollarse en forma procedimental u orgánica.

6.1. La participación procedimental como expresión de intereses supraindividuales

Sabido es que el procedimiento administrativo ha sido considerado de diferente manera a lo largo de la evolución de la teoría y la práctica del Derecho Administrativo. Hoy en día, como reflejo de la ideología de la

⁴³²Véase García De Enterría, E, “La participación del administrado en las funciones administrativas”, *Libro homenaje al Royo Villanova, S.*, Madrid, 1977, pp. 305 y ss.

participación tiende a ser considerado desde un nuevo punto de vista. La óptica con que se aborda y sistematiza el estudio del procedimiento no es una cuestión puramente doctrinal, dadas las consecuencias positivas que de ello derivan, sobre todo en el campo jurisprudencial, tan importante como fuente de creación jurídica en esta materia. Lo que importa sobre todo es especificar la función del procedimiento administrativo, pues de este primer factor derivan toda una serie de aplicaciones prácticas relativas a cada uno de los elementos procedimentales: sujeto, objeto y forma en que se realiza.

El procedimiento puede considerarse, en primer lugar, cronológicamente hablando, en función de ordenación regularizada de la actividad administrativa. Esta posición tiene sus bases en el proceso de creación de la contemporánea. La consideración estricta del procedimiento en este sentido sería típica de una Administración no sometida a control judicial. Las reglas procedimentales son más bien técnicas, internas, de buena administración, que jurídicas o relacionales. El procedimiento es simplemente el encadenamiento de actuaciones que se realiza para la adopción de una decisión administrativa⁴³³.

Ahora bien, el desarrollo de la doctrina jurídica liberal ha llevado a concebir el procedimiento administrativo en función esencialmente garantista aunque sin olvidar su virtualidad técnica. La intervención del particular en el proceso de formación del acto se interpreta como ordenada a la salvaguardia de sus intereses y está vinculada a la protección judicial de los mismos. Esta configuración del procedimiento, que no es incompatible con los aspectos colaborativos, sino que los integra y supera, es congruente con los postulados básicos de la teoría del Estado de Derecho. Uno de los aspectos fundamentales de esta evolución es, precisamente, el control judicial no sólo del contenido del acto sino de su forma, es decir, del proceso de formación

⁴³³Véase Sánchez Blanco, Á, "Sujetos, actores y factores en el procedimiento administrativo", *Revista Administración Pública*, N° 111, 1986, pp. 95-185.

del mismo. La separación tajante entre el contenido del acto y procedimiento disminuye y el control de éste se entiende como limitación de la discrecionalidad administrativa⁴³⁴.

Sin embargo, la realidad de nuestra época ha supuesto que la práctica administrativa desborde en buena medida estos esquemas. Ello lleva a abordar el fenómeno desde la óptica de la *participación*, partiendo de la sustancialidad y no marginalidad presente o tendencial del mismo. Ello implica en su versión más consecuente un cambio en la consideración del procedimiento administrativo y de su función jurídica⁴³⁵.

Tal función administrativa consiste más que en la estricta aplicación de la ley, dada la insuficiencia del acto y el grado de discrecionalidad de la Administración, en la identificación completa del interés actuable en cada caso concreto, eso sí, teniendo en cuenta los dictados de las normas generales jerárquicamente supraordenadas y las situaciones jurídicas de los particulares. Es decir, cada órgano o unidad administrativa tiene atribuida por el ordenamiento la tutela de un interés público primario, gozando normalmente de un cierto grado y discrecionalidad para su interpretación y concreción. Esta función de concreción se realiza valorando otros intereses varios, privados y públicos, individuales o colectivos de que son portadores otros sujetos privados o públicos que se ven afectados por la acción administrativa de que se trate.

Tales intereses operan como intereses secundarios, desde el punto de vista del órgano administrativo actuante y, en cuanto tales, imponen limitaciones, en teoría, a la potestad discrecional de dicho órgano. Así, la función administrativa se especifica aún más, identificándose con la

⁴³⁴Véase Sánchez Morón, M., *El control de las administraciones y sus problemas*, Instituto de España Espasa Calpe, Madrid, 1991, pp. 13 y ss.

⁴³⁵Véase Barnes Vázquez, J., “Reforma e innovación del procedimiento administrativo”, en Barnes Vázquez, J. (Ed.), *La transformación del procedimiento administrativo*, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2008, pp. 11-69.

valoración, aunque sea, claro está, desde una posición de parte tuteladora de un cierto interés, de todos los demás intereses concurrentes. Pues bien, esta función se desarrolla a través del procedimiento administrativo mientras que el acto administrativo es el resultado de esa composición de intereses. El procedimiento administrativo constituye, pues, *“la forma de la función administrativa”*⁴³⁶.

En principio puede parecer escasa la trascendencia positiva de esta construcción. De hecho, la Administración sigue manteniendo su área de discrecionalidad, en base a la superioridad del interés primario a ella atribuido y en base a que es ella misma la que efectúa la composición de aquél con los intereses secundarios. En efecto, esta composición, en cuanto a su sustancia o contenido final, no puede ser efectuada por el juez de manera autónoma (dejando aparte el control de las desigualdades notorias e injustificadas), pues ello supondría traspasar a la magistratura la potestad discrecional de la Administración⁴³⁷.

Sin embargo, su validez práctica es mayor, en cuanto que sirve de base teórica para el paso a una Administración abierta a los distintos intereses supraindividuales y porque supone, en estrecha relación con ese cambio, una revaloración del procedimiento administrativo, de las formas en que se realiza la función administrativa. Lo cual puede conducir a nuevas posibilidades de control judicial de la acción administrativa y a la atribución de garantías a los interesados, incluyendo, entre éstos, a los titulares de intereses difusos y colectivos.

En definitiva, esta concepción del procedimiento administrativo favorece la intervención en el mismo de los sujetos portadores de todos los intereses

⁴³⁶Véase Garrido Falla, F. y Fernández Pastrana, J.M., *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 53 y ss.

⁴³⁷Véase Martínez-Vares García, S., “Eficacia, discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados”, en *Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pp. 65-110.

en juego, ello en base a criterios de igualdad jurídica, lo que puede suponer una limitación del trato privilegiado que la Administración concede a determinados sujetos y organizaciones.

Ahora bien, la presencia de los portadores de intereses difusos y colectivos ha sido vista de diferente manera por la doctrina. La primera posición percibe la necesidad de apertura del procedimiento desde el punto de vista prioritario de la eficacia de la acción administrativa. Se trataría de permitir la presencia o intervención de los sujetos portadores de intereses supriandindividuales con el objeto de proporcionar a la Administración, aparte de posibles aportaciones técnicas, la posibilidad de realizar una valoración preventiva de las consecuencias políticas y sociales de sus actos, es decir, del grado de consenso u oposición que pueda encontrar una futura decisión.

Desde este punto de vista, la participación procedimental se instrumenta técnicamente como colaboración, sin que a los intervinientes se les atribuyan las mismas garantías que los titulares de intereses individuales jurídicamente tutelados. La mayor parte de las normas o posiciones jurisprudenciales que se refieren a la llamada participación procedimental se mueven en esta limitada dirección. La colaboración de los particulares, del mero interesado, se observa desde el punto de vista de la Administración y se fundamenta en el principio inquisitivo que rige el procedimiento administrativo y en el de la libre introducción de intereses en el mismo. De esta manera, se llega a los mismos resultados que quien observa el problema desde una óptica tradicional, pero a ello se añade, en forma mistificante, la cobertura ideológica de la participación⁴³⁸.

La segunda posición favorable a la participación de los portadores de intereses difusos y colectivos en el procedimiento es aquella que parte de

⁴³⁸Véase Barnes, J., “Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas”, en Barnes, J. (Ed.), *Innovación y reforma en el Derecho administrativo*, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2006, pp. 265-341.

una consideración de la participación como control de la Administración. Para la misma, la situación de tales sujetos en el procedimiento no pueden limitarse a una simple colaboración, sino que debe estar rodeada de una serie de -garantías que la igualen a la que disfrutaban los titulares de intereses directos. Se hace, pues, hincapié en el principio contradictorio, no en el sentido de considerar al procedimiento como un proceso, sino en el de la aplicación a los nuevos supuestos de las garantías procedimentales creadas por la doctrina liberal⁴³⁹.

6.1.1. Sujetos del procedimiento

Por sujetos intervinientes en el procedimiento se entiende, dejando de lado a los órganos de instrucción y decisión, los portadores de intereses que se introducen y valoran en el procedimiento. La consideración del mismo desde el punto de vista de la participación implica la presencia de tales sujetos en el proceso de formación de la decisión.

De hecho, en la manera de operar de las Administraciones modernas puede observarse la tendencia a la introducción diferenciada de los intereses difusos y colectivos y, en consecuencia, aunque no sean dos cosas necesariamente correlativas, se señala la intervención de un gran número de sujetos. De ahí, que los intereses difusos y colectivos encuentran mayores posibilidades de expresión en el procedimiento que en el proceso contencioso-administrativo⁴⁴⁰.

⁴³⁹Véase Sánchez Morón, M., “Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa”, en *Eficacia, discrecionalidad y control judicial*, Cuaderno de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pp. 143-162.

⁴⁴⁰Se debe tener presente que, en el esquema liberal clásico, sólo se consideran partes del procedimiento los iniciadores del mismo y los titulares de derechos subjetivos e intereses directos afectados o virtualmente afectados por el futuro acto.

Al efecto, es especialmente interesante en el ordenamiento constitucional español la disposición del artículo 105 letra a) que prescribe la regulación legal de la “*audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten*”. Debe entenderse entonces, la consagración constitucional de un supuesto de participación procedimental, en los términos en que ésta se viene definiendo, pues, la audiencia al interesado directo como garantía procedimental se sanciona expresamente en el artículo 105, letra c) CE. Específicamente, por lo que se refiere a los sujetos participantes, no es difícil identificar las referencias constitucionales con los sujetos portadores de intereses difusos y colectivos. La alusión a las organizaciones y asociaciones interesadas permite instrumentar una participación procedimental más continuada, más efectiva, real o más intensa, sin merma de las posibilidades de intervención individual en la defensa de los intereses difusos y colectivos⁴⁴¹.

Por su parte, la intervención de los titulares de intereses difusos o colectivos puede producirse en cualquier momento del procedimiento, dado el principio de la libre introducción de los intereses y dada la falta de un estricto formalismo en el procedimiento administrativo. Sin embargo, suele existir un trámite específico a tal efecto, que es el llamado período de información pública. Este trámite suele tener lugar al inicio de la fase instructora. Suele estar legitimado para intervenir cualquier ciudadano⁴⁴².

⁴⁴¹Véase Castellà Andreu, J. M., *Los derechos constitucionales de participación política en la Administración Pública. (Un estudio del artículo 105 de la Constitución)*, Cedecs Editorial, Barcelona, 2001, pp. 123 y ss.

⁴⁴²La *información pública* se desarrolla mediante la publicación previa del proyecto de acto de que se trate y la apertura de un período durante el cual pueden presentarse observaciones al mismo. El trámite suele finalizar con un informe final motivado, que se une al expediente en curso. A veces, no obstante, sobre todo cuando la información pública es practicada por el órgano que instruye el expediente en su totalidad, no existe una motivación específica aparte de la que acompaña la resolución. Véase Cierco Seira, C., *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo*, Real Colegio de España, Bolonia, 2002, pp. 191 y ss.

La información pública como supuesto participativo añade poco. Desde el punto de vista del control de la Administración por los ciudadanos, la escasa información que se proporciona sobre el procedimiento en curso, aunque ésta sería su virtualidad más importante como forma de tutela de los intereses difusos y colectivos. En segundo lugar, por la falta de contradictorio, dada la imposibilidad de discutir y probar las alegaciones formuladas. En tercer lugar, por las deficiencias en la motivación. Por ello, y aun reconociendo la importancia de la información pública, parece importante extender la presencia de los portadores de intereses difusos y colectivos a otros momentos de la fase introductoria. Atribuirles la capacidad probatoria de sus alegaciones, la facultad de conocer el estado de la tramitación del expediente y admitirles al trámite de la audiencia de los interesados⁴⁴³.

En efecto, en este punto cabe preguntarse si es posible considerar el trámite de audiencia del interesado desde el punto de vista de la participación. Para ello debe partirse de la exacta naturaleza de este trámite. La audiencia previa en el esquema clásico, como por lo demás todo el régimen jurídico del procedimiento, está vinculada estrechamente a la defensa judicial. Sin que ello agote su explicación, se trata del elemento fundamental, dada que la máxima garantía del ciudadano según dicho esquema, la constituye el juez. Tratándose de intereses difusos y colectivos y, habida cuenta el papel que juega la Administración en la composición de los mismos, resulta que la garantía judicial pierde relevancia, so pena de atribuir al juez la discrecionalidad de que dispone la Administración para la definición de cada interés público.

Ello quiere decir entonces, que la introducción de los intereses difusos y colectivos en el procedimiento administrativo, para que suponga una garantía

⁴⁴³Véase Delgado Barrio, J., "Participación ciudadana y disposiciones generales", en *Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito público*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pp. 111- 142.

de sus titulares, de los ciudadanos en definitiva frente a la Administración, no puede observarse desde la sola óptica de la defensa judicial. El juez podrá conocer sobre la regularidad del procedimiento y anular un acto no ajustado a ella. Pero queda el problema de garantizar el contenido sustancial de la situación jurídica del ciudadano que ya no es tanto abstracta y universal, sino mutable y definible en concreto discrecionalmente por la Administración. Lo que interesa, desde el punto de vista de las garantías del administrado, no es ya tanto una Administración que actúe conforme a patrones fijos y preestablecidos. Debe tenderse, por el contrario, a una Administración abierta y transparente, aunque su actuación sea más mutable y con un cierto grado de discrecionalidad⁴⁴⁴.

En tal sentido, la intervención de los portadores de intereses difusos y colectivos en el trámite de la audiencia o en otro similar significa revalorizar el elemento del mismo quizás interpretado en forma subordinada a la defensa judicial y menos generalizado en la práctica. Es decir, *lo importante del trámite de audiencia del ciudadano y del interesado es que permita, con carácter previo a la decisión, conocer todos y cada uno de los elementos del expediente. Significa, un cambio esencial de óptica: no conocer para defenderse ante el juez sino poder defender ante el juez, en su caso, el derecho a conocer.*

6.1.2. La publicidad del procedimiento administrativo

Parece obvio subrayar la esencialidad de la *información* en la sociedad contemporánea debido al aumento de la complejidad técnica y social de la misma y, por tanto, de los modos de gobernarla. Pero esa misma

⁴⁴⁴Véase Barnes Vázquez, J., “Procedimientos administrativos y nuevos modelos de gobierno. Algunas consecuencias sobre la transparencia”, en García Macho, R. (Ed.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 49-80.

complejidad pone también de relieve de manera cada vez más neta, el carácter de la información como fuente de poder⁴⁴⁵.

De ahí, que las normas jurídicas regulen, con una u otra finalidad, esta problemática que reaparece en todos los sectores del aparato público empezando por el Parlamento. En la Administración Pública la complejidad es mayor, dada la magnitud y pluralidad de sus estructuras, pero también la relevancia del tema es más patente, por ser un aparato de composición fundamentalmente burocrática y por su incidencia creciente en la vida de los ciudadanos. Por otra parte, las necesidades técnicas de la acción administrativa y su misma función como componedora de intereses en cada momento concreto, redondean las premisas de que debe partirse para un análisis completo de la información administrativa. Así, podrían distinguirse dentro de ellas tres aspectos básicos:

- 1) La información a la Administración o bien la recogida de datos en el medio social por parte del órgano administrativo llamada información ascendente.
- 2) La información de la Administración al ciudadano.
- 3) La información interna entre las distintas unidades administrativas y los varios estratos de la burocracia.

Puede decirse que, las aperturas más consolidadas se mueven en el sentido de asegurar el primer tipo de información, mientras que, en los dos últimos, las soluciones practicadas son ampliamente deficitarias, precisamente, por lo que tienen de difusión democrática de la información, por un lado, y de limitación de la competencia entre élites y cuerpos administrativos, por otro.

⁴⁴⁵Véase Pitchas, R., “El Derecho administrativo de la información: la regulación de la autodeterminación informativa y el gobierno electrónico”, en Barnes, J. (Ed.), *Innovación y reforma en el derecho administrativo*, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2006, pp. 203-262.

Los intentos de reforma tropiezan no ya sólo con las condiciones en que se ejerce el poder político en nuestras sociedades, sino además, con la rutina y el conservadurismo de los administradores, que refuerza su oposición a toda transformación o cesión de su parcela de poder. Los remedios propuestos se vinculan a la consideración de una Administración abierta y participada. Por eso dependen del modo cómo se entiende la participación. Desde un punto de vista tecnocrático importa, sobre todo, la información ascendente y la superación de las barreras informativas entre los distintos órganos y entes.

Respecto de la información al ciudadano, puede observarse cómo la mayor parte de los iuspublicistas la consideran como una premisa de la participación y no como la participación misma o un elemento intrínseco de ella. Aquí, se hace necesario realizar ciertas precisiones. Cuando se trata de supuestos de participación orgánica en los que los representantes de los portadores de intereses difusos y colectivos ostentan directamente un poder de decisión pública, es decir, cuando existe una efectiva e institucionalizada responsabilidad o corresponsabilidad de tales sujetos en la toma de decisiones, entonces sí, la información es un requisito previo para el desempeño de funciones públicas más directas. Pero éstos son supuestos poco numerosos y, en todo caso, el principio jurídico de la participación tiene una mayor incidencia y rige igualmente en aquellos casos en que los órganos decisorios son estructuras burocráticas o tecnocráticas⁴⁴⁶.

En efecto, en estos últimos, la información es elemento fundamental de la participación, consecuencia lógica y posible de aquel principio jurídico. La información es aquí la forma o el modo en que se manifiesta la participación, cuando no su finalidad jurídica. El principio jurídico de la participación entendida como control de la actividad administrativa por los ciudadanos

⁴⁴⁶Véase Fernández Ramos, S., “El derecho de acceso a la documentación pública en la Administración local”, *Justicia Administrativa*, N° 17, 2002, pp. 27-61.

puede concretarse en formas diversas y ésta de la información no es la menos importante, puesto que constituye la base del control político que se actúa por la presión de la opinión pública⁴⁴⁷.

Sin embargo, no es muy largo el camino hasta ahora para asegurar una información suficiente sobre la actividad de la Administración. Se ha hecho poco en el terreno organizativo para establecer un adecuado sistema de información. Ésta se obtiene sobre todo a través de los contactos más o menos formalizados entre la Administración y las organizaciones sociales, pues es, precisamente, la obtención de la información uno de los objetivos primordiales que persiguen las asociaciones portadoras de intereses difusos y colectivos en su estrategia participativa.

A pesar de las carencias orgánicas, lo que importa es garantizar de alguna manera el derecho a la información. Una solución viene dada por las normas que garantizan el derecho de los ciudadanos a acceder a los documentos públicos. Este derecho está reconocido *erga omnes* en Suecia por la ley de 5 de abril de 1949 y también en Estados Unidos, por lo que se refiere a las Agencias federales, a tenor de la *Freedom of Information Act* de 1966. En este mismo sentido, debe resaltarse la consagración del derecho que opera en el artículo 105 letra b) de la Constitución española de 1978 y en la actual Ley 19/2013, de 9 de diciembre de Transparencia Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno⁴⁴⁸.

Por último, el derecho de información puede garantizarse a su vez mediante el procedimiento administrativo, a través de la apertura del trámite de audiencia o uno similar a todos los ciudadanos individualmente considerados o asociaciones. De esta manera, el derecho a la información se

⁴⁴⁷Véase Villoria Mendieta, M., “Transparencia y participación”, en Sevilla, J. (Dir.), *La reforma de la Administración del Estado*, LID Editorial, Sevilla, 2010, pp. 75-102.

⁴⁴⁸Véase capítulo IV del presente trabajo “*La participación en la Administración Pública y la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*”.

generalizaría en cuanto a su objeto, extendiéndose más allá de los meros datos necesarios para la defensa judicial, al tiempo que se ampliaría el número de sujetos titulares del mismo.

Resumiendo, pues, la *participación procedimental*, en cuanto que deba expresarse en nuevas formas de control de la Administración, podría concretarse, dadas las condiciones actuales de la acción administrativa, en una ampliación de los sujetos legitimados a intervenir en todas las fases del procedimiento y en una transformación de los momentos de intervención tendentes a asegurar la mayor información posible y no restringida a las necesidades de la posterior defensa judicial. En caso contrario, la participación se agota en los supuestos de colaboración que poseen una eficacia de tipo tecnocrático y cumplen igualmente una función ideológica, sin que impliquen avances decisivos desde el punto de vista de las garantías del ciudadano⁴⁴⁹.

Las garantías, sin embargo, constituyen la base fundamental de la juridicidad de la acción administrativa. Si la realidad del moderno proceso de formación de los actos administrativos (y jurídico-públicos en general) implica identificar en cada caso concreto el interés público mediante la confrontación entre el interés primario asignado por la norma al órgano de decisión y los intereses secundarios, entre ellos, los difusos y colectivos, que limitan su interpretación del interés primario; si lo importante no es ya tanto el efecto jurídico de la acción administrativa sino la misma función que desempeña la Administración; si la democraticidad con que se ejercita ésta depende de una cierta distribución del poder, regulada de manera finalista, entre organismos públicos y sujetos privados, en especial, los colectivos, si uno de los elementos fundamentales del poder político en la sociedad actual es el

⁴⁴⁹Véase Barnes Vázquez, J., “Procedimientos administrativos y nuevos modelos de gobierno. Algunas consecuencias sobre la transparencia”, en García Macho, R. (Ed.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 49-79.

dominio de la información: de todo ello se desprende la necesidad de asegurar jurídicamente, de garantizar un determinado modo de desarrollo del procedimiento administrativo que permita esa distribución del poder⁴⁵⁰.

En tal caso, se podría hablar de *participación procedimental* en un sentido más democrático, de participación como control de la Administración a través del procedimiento, puesto que obtener información, aunque no se detenten poderes de decisión pública, es ya limitar la posible arbitrariedad de los poderes públicos y constituye un requisito necesario para influir en la corrección con que deben ejercer sus funciones.

6.2. La participación consultiva como expresión de intereses supraindividuales

La *función consultiva* se considera como auxiliar de la función activa, de decisión, de ejecución de la norma, propia de la Administración general. Es una función preparatoria de la decisión que tiene por finalidad facilitar e iluminar su contenido. Su naturaleza es esencialmente técnica. Por ello en un principio los órganos consultivos están formados por expertos o por personalidades relevantes, seleccionados burocráticamente o designados nominalmente en cada caso. No son representantes de la sociedad, pues a eso se opondría el principio de separación tajante entre ésta y la Administración, sino que forman parte permanente o de manera ocasional y periódica con status de colaborador, de la función pública misma⁴⁵¹.

El informe o dictamen consultivo se considera como un acto de trámite del procedimiento, de carácter técnico que, generalmente, el órgano o autoridad

⁴⁵⁰Véase Sánchez Morón, M., “la transparencia como principal criterio de credibilidad de la Administración”, en Díaz Méndez, A. y Cuéllar Martín, E. (Coords.), *Administración inteligente*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2007, pp. 233-249.

⁴⁵¹Véase García De Enterría, E., “La participación del administrado en las funciones públicas”, *Libro homenaje a Royo- Villanova, S.*, Editorial Moneda y Cambio, Madrid, 1977, pp. 312 y ss.

decidente puede no tener en cuenta o del que puede apartarse, si bien la jurisprudencia exigirá cada vez más decididamente la motivación en caso de discordancia. El *acto consultivo* entonces, se considera como opinión, *manifestación de conocimiento* y no de voluntad.

Hoy, sin embargo, la relevancia del fenómeno consultivo en el seno de la Administración Pública es muy distinta, pues desde hace un tiempo se asiste a una multiplicación constante de los organismos consultivos⁴⁵². Aparte de ello, puede observarse, cómo en buen número de procedimientos administrativos las normas prescriben la intervención de uno o varios órganos consultivos. Este hecho obedece a una pluralidad de causas que pueden resumirse en una originaria: el cambio de la función estructural del Estado por relación a la sociedad, es decir, el intervencionismo estatal y las nuevas relaciones entre Administración y administrados. Las consecuencias de este hecho son dos. En primer lugar, la insuficiencia técnica de la burocracia tradicional para adaptarse a las nuevas necesidades. En segundo término, la introducción institucionalizada de la expresión de intereses difusos y colectivos en el seno de la Administración por insuficiencia de los esquemas de la representación política parlamentaria. Estos dos factores están unidos en su origen y también, en cierto modo, en sus derivaciones. Una de ellas es, precisamente, la creación de una tupida red de organismos de consulta, lo que de hecho supone una serie de modificaciones que contrastan con el esquema teórico clásico⁴⁵³.

⁴⁵²Por ejemplo, los Consejos Consultivos Autonómicos, cuya afloración se vio marcada desde 1993, en atención a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 204/1992, de 26 de noviembre, en la cual declaró que, “*en base a la potestad de autoorganización de las Comunidades Autónomas, cualquiera de ellas puede organizar un Consejo Consultivo que sustituirá en su propio ámbito al Consejo de Estado*”. También a modo de ejemplo, destacan los órganos del Estado Mayor de la Administración Militar, los Gabinetes Jurídicos de los diferentes Departamentos de la Administración Pública, el Gabinete del Presidente del Gobierno.

⁴⁵³Véase García- Trevijano Garnica, E., “La función consultiva de las Administraciones Públicas con especial referencia al Consejo de Estado y las Comunidades Autónomas”, *Revista Administración Pública*, Nº 133, 1994, pp. 129-154.

En efecto, es preciso considerar la importancia de la *Administración consultiva como forma de participación*. Quizás sea hoy en día el supuesto participativo más extendido y sin duda lo es entre las formas orgánicas de institucionalización de la participación. Además, sobrepasa el alcance de la participación procedimental en cuanto que abarca el área de la Administración de prestaciones y de los servicios públicos en general a la que es difícil aplicar el esquema clásico del procedimiento. En especial, la participación consultiva se ha desarrollado en el ámbito de la actividad económica y social del Estado, como consecuencia del intervencionismo estatal y de la llamada economía concertada.

Ahora bien, no todo organismo consultivo puede analizarse desde el punto de vista de la participación. La variedad del fenómeno consultivo es muy grande y distintas son las formas de composición de los órganos, sus competencias, sus relaciones con la autoridad decidente y sus mismas facultades. En principio, podría trazarse a grandes rasgos una línea divisoria atendiendo precisamente a éstas. Así, se distinguiría entre los órganos consultivos de carácter técnico y aquellos que tienen por misión introducir los intereses difusos y colectivos a la consideración de la Administración⁴⁵⁴.

Sin embargo, aparte de los casos límite, en innumerables ocasiones es difícil determinar la finalidad predominante de un determinado organismo consultivo. Ello ocurre porque en cada uno suelen conjugarse finalidades diversas y, sobre todo, porque no puede trazarse una separación neta entre funcionalidad técnica y funcionalidad participativa, al haberse modificado en la sociedad y en la Administración el concepto mismo de eficacia. En virtud de ello una unidad administrativa deberá considerarse más o menos eficaz no sólo porque desempeñe sus funciones con un cierto grado de

⁴⁵⁴Al respecto, nada tan distinto, teleológicamente como el Consejo de Estado y un Consejo Económico y Social y, sin embargo, uno y otro constituyen jurídicamente dos supuestos de una misma función consultiva. Véase Font i Llovet, T., “Función consultiva y Estado autonómico”, *Revista Administración Pública*, N° 138, 1995, pp. 37-68.

conocimientos técnicos con rapidez y economía de medios, sino también, en cuanto que se adecúe a las necesidades del medio social en que actúa, a las exigencias de la comunidad receptora de sus servicios⁴⁵⁵.

6.2.1. La organización consultiva

La función consultiva en cuanto que sirve para proporcionar a la Administración elementos de juicio técnicos en sentido estricto o socio-políticos puede ejercerse de manera ocasional e informal u organizada institucionalmente⁴⁵⁶.

Se reduce la pluralidad de estos órganos a tres tipos básicos: los consejos, las comisiones y los comités. Los consejos serían aquellos que comprenden un mayor número de miembros y se hallan en la cúspide de la Administración consultiva. Son los grandes órganos de consulta, complejamente estructurados de la Administración del Estado, en especial, responden tanto a finalidades técnicas como de representación de intereses difusos y colectivos. Los más importantes operan en los sectores económico, social y cultural. Las comisiones expresan, ante todo, una idea de reunión, de colegio, más que una función de orden consultivo. Se caracterizan por su temporalidad y, por tanto, por carecer de una organización tan formalizada como la de los consejos. Por último, los comités constituyen el nivel menos estructurado de la Administración consultiva. Son

⁴⁵⁵En determinados casos, las organizaciones sociales prefieren el canal de las consultas informales, incluso cuando las normas prevén órganos *ad hoc*, bien para evitar el formalismo de la organización consultiva, bien porque su eficacia es mínima debido a su composición o a la limitación de sus competencias. Véase Ruiz Miguel, C., *Consejo de Estado y consejos consultivos autonómicos*, Dykinson, Madrid, 1995, pp. 22 y ss.

⁴⁵⁶Véase García De Enterría, E., “Principios y modalidades de la participación ciudadana en la vida administrativa”, *Libro homenaje al profesor José Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 443-447.

reuniones de un número restringido de personas y su finalidad es esencialmente técnica⁴⁵⁷.

Las instituciones consultivas cubren prácticamente todos los sectores de la actividad administrativa. La mayor parte de ellas se sitúan al nivel de la Administración central y, en especial, con relación a los sectores económicos, sociales y culturales. Sin embargo, van extendiéndose también a la Administraciones locales y autonómicas a medida que aumenta la complejidad de las primeras y la importancia política de las segundas.

Los organismos consultivos ofrecen una composición variable, pero que suele ajustarse a un modelo generalizado. Constan de un presidente y de un colegio de miembros que se reúnen en pleno o, en los casos más importantes en comisiones⁴⁵⁸.

En cuanto a la composición del órgano consultivo propiamente dicho y las formas de determinación de sus miembros, cabría hacer una distinción previa entre las *instituciones consultivas con finalidad específicamente técnica* y aquellas otras que tienen por misión *introducir los intereses difusos y colectivos en el seno de la Administración*, ya sea por razones de eficacia tecnocrática o para facilitar un control de la autoridad pública por las organizaciones o sujetos portadores de tales intereses.

En el primer caso, el colegio consultivo está constituido por expertos en sentido técnico-jurídico. Su determinación obedece a criterios personales y se estructura en base a la más amplia discrecionalidad. El segundo caso, es

⁴⁵⁷Esta división tripartita debe admitirse con una gran dosis de relativismo. Obedece más a la necesidad de poner de relieve la diferente magnitud e importancia de los órganos consultivos que a criterios teleológicos, estructurales o funcionales precisos. Véase Olmo Fernández-Delgado, L., *Los consejos asesores regionales y otros órganos de participación en la Comunidad Autónoma de la región de Murcia*, Universidad de Murcia, 2011, pp. 30 y ss.

⁴⁵⁸La presencia de la Administración activa en el seno del órgano consultivo es frecuente. En gran número de casos se concreta en la figura del presidente. Véase Font i Llovet, T., “Órganos consultivos”, *Revista Administración Pública*, Nº 108, 1985, pp. 53-85.

decir, aquel en que los miembros del órgano consultivo lo son en cuanto que portadores de intereses difusos y colectivos, debe decirse, que tales intereses en el órgano consultivo pueden ser también muy variados. A veces, sólo está representada una categoría de intereses o bien varias categorías de intereses más o menos homogéneos. En otros casos, en el órgano consultivo encuentran expresión simultánea intereses muy heterogéneos⁴⁵⁹.

Otro problema esencial es el de la determinación de los portadores de los intereses admitidos en el órgano consultivo. Un cuadro general de dichas fórmulas: 1) nombramiento a título personal: el grado de discrecionalidad varía según las posibilidades de revocación del sujeto designado y también según el grado de especificación por la norma de la categoría a la que debe pertenecer. Es un supuesto que hoy en día no goza de gran vigencia por lo que se refiere a los órganos consultivos con finalidad participativa. 2) Elección en el seno de una categoría cuyos intereses deben estar representados en el órgano consultivo. El supuesto es casi inexistente, salvo en el caso de ciertas categorías muy determinadas: parlamentarios, academias e institutos de alta cultura, altos organismos técnicos como el Consejo de Estado, etc. 3) Fórmula organizativa de la representación de intereses consistente en la aceptación de la designación realizada por la organización u organizaciones más representativas de los intereses de la categoría en cuestión⁴⁶⁰.

Las reglas de funcionamiento de los órganos consultivos son también muy variadas y en gran parte comunes a las que regulan la acción de los

⁴⁵⁹Un supuesto típico es el de los órganos en que se confrontan intereses contrapuestos, como los de trabajadores y empresarios, agricultores y transportistas, etc. Los órganos consultivos que se componen de representantes de intereses homogéneos son más efectivos. Sus resoluciones consultivas son más rápidas y concretas. Los que admiten intereses contrapuestos tienden a una composición de intereses previa a la decisión administrativa. Si la composición se realiza su influencia sobre la decisión final es notable. Véase Font i Llovet, T., “Los órganos consultivos y la calidad normativa”, *Revista Española de la Función Consultiva*, N° 11, 2009, pp. 133-150.

⁴⁶⁰Véase Araujo, J.A., “El Consejo de Estado y los órganos consultivos de las comunidades autónomas”, *Revista Estudios Políticos*, N° 98, 1997, pp. 255-58.

órganos colegiales. Dos problemas adquieren importancia. El primero se refiere al modo de formación del informe o decisión consultiva. La norma general parece ser el principio de la mayoría simple o cualificada. Sin embargo, las fórmulas de composición de los organismos consultivos y en concreto aquella que consiste en la representación de varias categorías de intereses diferenciados invitan a establecer ciertas matizaciones. Fundamentalmente, se trata de saber si todos los intereses en presencia en el interior del órgano consultivo son considerados de manera unitaria o si puede constatarse una autonomía de los diferentes bloques de intereses.

6.2.2. La función consultiva como elemento del procedimiento administrativo

El *procedimiento* es la forma de la función administrativa que consiste en la identificación del interés concreto a realizar en cada caso y que, a su vez, resulta de la compatibilización entre el interés primario atribuido por la norma a la autoridad decidente con los intereses secundarios tangenciales de que son portadores otros sujetos públicos, organizaciones sociales y los individuos. En este sentido, *la función consultiva observada desde el punto de vista de la participación, tiene como finalidad la introducción de intereses secundarios en el proceso de formación de la decisión*. Naturalmente, se han de excluir de esta definición aquellas actividades consultivas de carácter estrictamente técnico, cuya única misión es la emanación de dictámenes técnicos, que son simples manifestaciones de opinión especializadas. Así, es el caso de los, *Consejos de Estados*, cuando actúan en función consultiva, por citar el ejemplo básico⁴⁶¹.

⁴⁶¹La Constitución española de 1978 ha optado por incluir una referencia expresa al Consejo de Estado, y lo ha hecho en el artículo 107 en los términos que siguen: “*El Consejo de Estado es el supremo órgano consultivo del gobierno. Una ley orgánica regulará su composición y competencia*”.

Por encima de la construcción de la doctrina jurídica la realidad del fenómeno consultivo presenta situaciones muy dispares: desde los supuestos de escasa o ninguna incidencia en la decisión final, dotados de una carga ideológica considerable, hasta ciertos casos en que los organismos consultivos atraen hacia sí el poder de decisión real, mientras que la llamada Administración activa se conforma con sancionar formalmente el acuerdo o compromiso alcanzado en sede consultiva. El análisis de este tema implica el estudio de la relaciones entre función consultiva y función administrativa general que se dividirá en tres partes: relaciones entre el acto de consulta y el procedimiento administrativo en su conjunto; relaciones entre el órgano consultivo y la Administración general en atención al desarrollo de la función encomendada a aquél; relaciones entre acto de consulta y acto decisorio⁴⁶².

Si se ha de creer al artículo 107 de la Constitución, el Consejo de Estado es el supremo órgano consultivo del Gobierno, la propia Constitución y las normas reguladoras de este órgano han desmentido la realidad de esta concepción o, al menos, han venido a destacar su imprecisión. Por un lado, el Consejo de Estado no es solamente órgano consultivo del Gobierno, entendido éste en términos constitucionales como órgano colegiado, sino que también presta su asesoramiento al presidente del Gobierno y a los ministros individualmente considerados y, aún más, a los presidentes de las Comunidades Autónomas o, más precisamente, a éstas últimas a través de su presidente. En segundo lugar, la previsión misma de abundantes consultas preceptivas al Consejo de Estado y el carácter vinculante de algunos de sus dictámenes pone en cuestión la naturaleza estrictamente consultiva de la función desarrollada por el Consejo, ya que en estos supuestos tal función adquiere unos matices tendencialmente fiscalizadores o de control preventivo de legalidad. En último término, tampoco el carácter de supremo órgano consultivo se cumple en todos los casos. Ello es ciertamente así en el ámbito propio de la competencia institucional del Consejo –consultas jurídicas o jurídico-administrativas–, y se traduce en la prohibición de que en los asuntos dictaminados por el Consejo de Estado se puedan recabar informes a otros órganos de la Administración. Por el contrario, para otras facetas de la actividad del Gobierno no sólo no está prevista la intervención del Consejo de Estado, sino que se establece expresamente la intervención de otro órgano con facultades consultivas y asesoras. Ello ocurre, por ejemplo, en la elaboración por el Gobierno de los proyectos de ley de planificación general de la economía, para cuyo caso el artículo 131.2 de la Constitución prevé la creación de un Consejo con representación de las Comunidades Autónomas, sindicatos y organizaciones profesionales, empresariales y económicas que deberá asesorar al Gobierno en esta materia. Véase Araujo, J.O., “El Consejo de Estado y los órganos consultivos de las Comunidades autónomas”, *Revista Estudios Políticos*, N° 98, 1997, pp. 25-58. Véase Sánchez Navarro, A., “El Consejo de Estado y la reforma constitucional”, *Revista Derecho Político*, 2008, pp. 517-550. Véase Font i Llovet, T., “Órganos Consultivos”, *Revista Administración Pública*, N° 108, 1985, pp. 53-85.

⁴⁶²Véase Font i Llovet, T., “El control de la potestad reglamentaria por los órganos consultivos: legalidad y oportunidad”, *Revista Española Derecho Constitucional*, N° 62, 2001, pp. 57-76.

A) Desde el punto de vista del procedimiento, el dictamen o informe consultivo es un acto de trámite. Sin embargo, hay que agregar que, si bien es cierto el carácter puramente auxiliar de la función consultiva, ello se ve difuminado a medida que a través de ella encuentran expresión los *intereses difusos y colectivos*. Por tanto, los órganos consultivos no pueden seguir considerándose como estrictamente subordinados a la autoridad decidente, con obligaciones hacia ella y sin derechos recíprocos. Gozan de una posición independiente y en cierto modo autónoma, por lo que sus actos gozan de eficacia jurídica propia e independiente de la mera voluntad del órgano consultante.

Lo que ocurre es que, según la doctrina clásica, el procedimiento era un todo unitario, observable desde el punto de mira único del acto definitivo y con una óptica judicialista, lo que podría impedir la constatación y el control de la pluralidad de actuaciones variamente encadenadas de que constan los procedimientos modernos. Para salvar esta distinción entre el avance de la realidad administrativa y el retraso de la doctrina, dependiente aún del esquema dogmático clásico, se ha pretendido diversificar dentro del procedimiento una serie de momentos sustanciales a los que, sin embargo, se vuelven a aplicar las mismas categorías clásicas. Así, al igual que se habla de un procedimiento autónomo de información pública, que se concluye con un verdadero y propio acto que, a su vez, se encadena a otras actuaciones, que goza de autonomía objetiva y que es en sí mismo controlable, lo mismo se viene a decir del procedimiento consultivo y del acto que de él emana⁴⁶³.

Ello es cierto en términos funcionales. Distintas e independientes, aunque coordinadas en vista de un resultado final único, son las funciones

⁴⁶³Véase Cierco Seira, C., “Procedimiento administrativo y ejercicio de la función consultiva: sobre el concepto y régimen de los informes”, *Revista Aragonesa Administración Pública*, N° 18, 2001, pp. 165-217.

consultivas y de decisión administrativa. Ahora bien, lo que ocurre es que ambas se desarrollan o se reflejan en un mismo procedimiento, de carácter complejo. Esta concatenación de ambas funciones y de los actos en que se manifiestan, no obstan, ni al reconocimiento de su sustancialidad recíproca ni a la extensión del control judicial sobre todas las facetas de la acción administrativa. Y ello, más aún, en cuanto que es ya una dirección jurisprudencial consolidada la progresiva extensión del objeto de su control a cada uno de los elementos del procedimiento.

En definitiva, más que considerar el acto consultivo y el que cierra el procedimiento o trámite de información pública como actos perfectos y definitivos, lo que importa es afirmar la independencia de cada función y el control judicial sobre cada una de ellas. De esta forma, el propio control judicial podrá desligarse de la consideración categórica de un acto como definitivo y arbitrarse en base a criterios más flexibles de funcionalidad y profundidad. Por mencionar una consecuencia práctica, si el acto consultivo se considera definitivo o separable, podría ser impugnado con anterioridad a la conclusión del procedimiento en que se incluye⁴⁶⁴

Por su parte, se observa cómo la función consultiva se manifiesta en diferentes momentos del iter procedimental. Lo normal es que se sitúe al final de la fase instructoria, al igual que el trámite de audiencia a los interesados, con el objeto de que la consulta pueda tener en cuenta todos los elementos del procedimiento. En este sentido, la consulta a organismos en que están representados los intereses difusos y colectivos afectados asemeja al trámite de audiencia, aunque con el carácter prevalentemente informativo y de control previo⁴⁶⁵.

⁴⁶⁴Véase García de Enterría, E. y Fernández, T.R., *Curso de Derecho Administrativo II*, 12ª Edición, Civitas, Madrid, 2011, pp. 631 y ss.

⁴⁶⁵En caso de subsistencia de ambos trámites con carácter diferenciado, parece lógico situar la consulta antes de la audiencia, dada la virtualidad de preparación de la defensa de los interesados de que

B) Las relaciones entre órgano consultivo y órgano decidente se agotaban, según la doctrina clásica, en los deberes y obligaciones recíprocos en función de la emisión del informe. Siendo el órgano consultivo auxiliar y dependiente de la autoridad de decisión, en la mayoría de los casos privado de autonomía funcional, sus deberes jurídicos se limitaban a la emisión del dictamen en los supuestos señalados por la ley o a requerimiento de la autoridad. Los derechos exigibles ante ésta no eran sino los de tipo organizativo relativos al estatuto de los miembros del organismo consultivo.

A medida que la *consulta* sobrepasa su naturaleza técnica en sentido estricto y adquiere sustantividad como *forma de participación o de expresión de intereses difusos y colectivos*, se ensancha su diferenciación con la Administración decisoria y se crean nuevos derechos y obligaciones entre una y otra. En especial, surge la obligación de aquélla de informar al organismo consultivo. A este respecto, la información más importante jurídicamente es aquélla que la Administración activa suministra al órgano de consulta. La complejidad de la moderna actividad administrativa y el conjunto de factores que deben tenerse presentes a la hora de elaborar la decisión, tienen como consecuencia la obligación de la Administración de proporcionar a los miembros del órgano consultivo una información completa sobre el asunto en el que han de expresar su opinión. Esta obligación y su correspondiente derecho son tanto más exigibles en cuanto que la consulta pierde su carácter estrictamente técnico y funciona como catalizador de los intereses difusos y colectivos, dado que el informe amplía su alcance objetivo y no queda limitado a una vertiente específica del contenido del acto final⁴⁶⁶.

también está dotada esta última. Véase Font i Llovet, T., “*Función consultiva y Estado autonómico*”, *Revista Administración Pública*, Nº 138, 1995, pp. 37-68.

⁴⁶⁶El derecho del órgano consultivo a la información se aplica a todos los elementos o factores que obren en poder de la Administración y que sean necesarios para el cumplimiento de su función. Véase Balza Aguilera, J., “Tendencias de la administración consultiva”, *Revista Vasca Administración Pública*, Nº 41, 1995, pp. 15-38.

Las insuficiencias actuales de la información proporcionada por la Administración decidente han llevado a crear oficinas de información en el seno mismo de los organismos consultivos. Tales oficinas funcionan como órganos auxiliares con misiones de estudio y documentación. Junto a los aspectos jurídicos e institucionales, no puede dejar de citarse la información que cada consejero u organización social representada se procura a sí misma al objeto de desempeñar la función de consulta. Naturalmente, en este caso, se parte de la desigualdad de medios de cada organización. Por eso, la falta de una información completa como obligación administrativa tiene como consecuencia indirecta fomentar la desigualdad entre los grupos portadores de intereses difusos y colectivos y favorece el que tan sólo los más fuertes puedan realizar adecuadamente su cometido. Un último aspecto, es el de la información pública sobre el ejercicio de la propia función administrativa. Aquí se tropieza con la regla del secreto y que limita este tipo de participación.

C) Ahora bien, en cuanto a la manera de influir de estos organismos consultivos y, a través de ellos, los grupos sociales participantes en las decisiones administrativas (es decir, las relaciones entre acto de consulta y acto de decisión). Jurídicamente, los dictámenes consultivos pueden ser vinculantes y no vinculantes. El dictamen vinculante constituye sustancialmente la decisión misma o parte de ella. En los casos de participación consultiva, sin embargo, los dictámenes no son vinculantes. El dictamen consultivo no suplanta jurídicamente a la decisión, pero limita la discrecionalidad administrativa. Si la finalidad, la causa jurídica de la función consultiva es la introducción de intereses difusos y colectivos al examen del órgano decidente, éste no estará obligado a someterse a la opinión manifestada en la consulta, so pena de diluir el interés primario cuya tutela le ha sido confiada en una simple composición de los intereses

secundarios en juego. La autoridad decidente mantiene su autonomía. Pero ve limitada su discrecionalidad en el enjuiciamiento de los intereses secundarios que matizan la concreción del interés primario. Esta limitación es controlable judicialmente a través de la motivación del acto definitivo⁴⁶⁷.

El grado de influencia real depende de una serie de variantes. En primer lugar, de las características sociológicas de cada estructura administrativa. La Administraciones más consolidadas históricamente (como la francesa) sufren menos el influjo de los grupos de interés que otras más fragmentadas y coloreadas de clientelismo (como la italiana). En todo caso, la rutina funcional favorece la influencia, que cada día se hace mayor a medida que aumenta la preponderancia social de los grupos de interés y se disuelve la difuminada barrera entre economía y política, sociedad y Estado⁴⁶⁸.

En todo caso la *participación consultiva es un fenómeno integrador*. Se intenta a través de ella corresponsabilizar en las decisiones públicas a los grupos u organizaciones sociales. No obstante, es necesario establecer un límite objetivo al desarrollo de la Administración consultiva basada en la representación de intereses y al mismo tiempo ordenarla de forma que sirva para establecer un nuevo control, preventivo y político de la acción administrativa, pero en ningún caso para sustituir a ésta. El medio más adecuado parece ser el de avanzar en la consecución de una fluida red de

⁴⁶⁷La Administración deberá motivar adecuadamente su separación del dictamen emitido por el órgano consultivo. La falta de motivación o la injustificada separación del dictamen vician el acto de nulidad.

⁴⁶⁸El proceso de atracción de la capacidad decisoria por los órganos consultivos también depende de las formas de institucionalización de los mismos: homogeneidad de los intereses en presencia, exigencia de unanimidad y, por tanto, de compromiso en la elaboración del dictamen, grupos representados, etc. Véase Rebolledo Puig, M., “El ejercicio de potestades normativas y el Consejo de Estado”, *Documentación Administrativa*, 244-245, 1996, pp. 161- 210.

informaciones dentro de la propia estructura administrativa y entre ésta y la sociedad⁴⁶⁹.

6.3. La participación orgánica como expresión de intereses supraindividuales

El último estadio de la *participación administrativa*, que es el más efectivo y aquel que viene considerado por parte de la doctrina como única y auténtica forma participativa, está constituido por los supuestos en que los portadores de intereses difusos y colectivos toman parte a través de sus representantes en la adopción misma de la decisión administrativa. Son tales sujetos los que tienen atribuida la facultad de decidir, por sí solos o en concurrencia con otros que ejercen también competencias decisorias. Ello se realiza mediante la inclusión de aquéllos en las estructuras administrativas, lo que supone la creación de nuevos organismos que modifican de alguna manera el cuadro institucional existente⁴⁷⁰.

6.3.1. La organización administrativa liberal

Organizativamente la Administración se construía en base a un principio unitario y centralista. La Administración del Estado venía considerada como un todo orgánico, jerárquicamente estructurado y obediente a una sola dirección. Las demás administraciones no eran sino derivaciones o entes

⁴⁶⁹Quadra- Salcedo Fernández, T., “El Consejo de Estado en las constituciones de Cádiz y Bayona”, *Documentación Administrativa*, Nº 244-245, 1996, pp. 13-87.

⁴⁷⁰En materia de medio ambiente, en el ámbito estatal, esta participación orgánica se hace efectiva principalmente a través del Consejo Asesor de Medio Ambiente, es un órgano colegiado, adscrito a efectos administrativos al Ministerio de Medio Ambiente, que tiene por objeto la participación en la elaboración y seguimiento de las políticas ambientales generales orientadas al desarrollo sostenible. Véase Ruiz De Apodaca Espinoza, A., “La participación orgánica en materia ambiental: el Consejo Asesor de Medio Ambiente y los Consejos Asesores de las Comunidades Autónomas”, *Revista Jurídica Navarra*, Nº 42, 2006, pp. 93-118.

auxiliares de aquélla, con una capacidad de decisión siempre subordinada y controlada. El esquema venía a cerrarse con la atribución de la personalidad jurídica, ya al Estado, ya a la Administración del Estado y también a otras unidades administrativas subordinadas⁴⁷¹.

Ahora bien, las disfunciones de esta sistematización aumentan a medida que se modifican las características de la sociedad sobre la que se creó y se manifiestan en una pérdida de funcionalidad. A nivel jurídico, en cuanto que incapaz de ofrecer soluciones prácticas a los nuevos problemas que surgen en las relaciones entre la Administración y los ciudadanos; a nivel político, puesto que se revela insuficiente para dar una respuesta institucional a los conflictos y las necesidades de la sociedad actual; a nivel ideológico, porque no crea ya consenso cultural con el funcionamiento de las instituciones y no infunde confianza en las mismas.

En efecto, la barrera entre sociedad y Estado, Administración y ciudadano, se ha roto en cuanto que el Estado ha extendido su actividad económica y social y no actúa ya tan sólo como poder imperativo y dado que en la sociedad han ido surgiendo grandes agrupaciones sociales con capacidad de oponerse por sí solas a la acción de los poderes públicos y de influir sobre los diferentes niveles de decisión. A ello debe unirse, a nivel de organización, el escaso grado de dependencia efectiva de la Administración respecto al Parlamento, la diversificación y autonomía real de una pluralidad de centros administrativos y la complicación de las relaciones recíprocas entre los diversos elementos, personales e institucionales, del aparato público⁴⁷².

⁴⁷¹Véase Pérez Moreno, A., “Crisis de la participación administrativa”, *Revista Administración Pública*, Nº 119, 1989, pp. 91-132.

⁴⁷²Véase Jordano Fraga, J., “Derecho a la participación, participación administrativa y medio ambiente”, *Revista Andaluza Administración Pública*, Nº 11, 1992, pp. 99-110.

Todos estos cambios inducen a una variación fundamental en la concepción de la acción política, que tiene sus repercusiones en el esquema institucional y en su teorización. Se trata de integrar y corresponsabilizar a los grupos sociales en la actividad del Estado, de gestionar el poder público en coordinación con los poderes sociales. A esta nueva concepción contribuye tanto el peso de los intereses sociales organizados como la pérdida de consenso en las instituciones derivadas de la generalización de la crítica sobre la insuficiencia de la representación parlamentaria y de las garantías judiciales.

El reflejo organizativo de esta política consiste en la creación de nuevas estructuras administrativas en las que encuentra expresión la representación de los intereses supraindividuales. Ello se realiza en formas dispares: elección de ciertos funcionarios o autoridades administrativas, designación de los mismos por determinadas organizaciones sociales o grupos de éstas, formas de cogestión de ciertos entes públicos, gestión directa de determinadas actividades por representantes de los grupos sociales, creación de nuevas estructuras de la Administración local, etc⁴⁷³.

Ahora bien, el cambio de circunstancias y el nacimiento de nuevos fenómenos institucionales produce, a su vez, una serie de problemas políticos y jurídicos y conduce al esfuerzo por descubrir nuevos instrumentos de análisis y de operatividad jurídica. Poco a poco va surgiendo un intento de teorización, aún poco perfilado y lleno de ambigüedades, pero menos dogmático e inflexible que el anterior.

⁴⁷³Véase Barujo Vera, J., “La participación de los administrados en los órganos de la Administración Pública”, en *Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, Vol. I, Civitas, Madrid, 1993, pp. 641 y ss.

6.3.2. Nueva teoría de la participación orgánica

Una nueva teoría de la organización administrativa que es hoy la parte fundamental por su importancia real, de la organización de los poderes públicos, supone la construcción de un nuevo modelo de organización política.

El poder público realiza una mediación entre los diferentes intereses difusos y colectivos reconocidos jurídicamente. Esa mediación es, en cierto modo, autónoma, es decir, que no se trata de una simple constatación de la relación de fuerzas entre los diversos intereses y las organizaciones que son portadoras de ellos. El Estado ejerce un propio papel y manifiesta una voluntad propia, igualmente diversificada. Por tanto, no es correcta, por ideológica, la postura de quien sostiene que el poder público se limita a realizar una composición de intereses en presencia. La mediación supone el filtro de esos intereses y no una simple operación matemática. Esa mediación autónoma está finalizada políticamente.

Por otra parte, los intereses públicos no son sino determinados intereses difusos y colectivos que se actúan públicamente, es decir, a los que el Estado presta su fuerza política para su realización. No existe una diferenciación objetiva entre interés público e interés supraindividual. Lo que importa es, por tanto, señalar los modos de concreción de los intereses supraindividuales y, a partir de ello, la forma en que se traducen en intereses públicamente actuables. Para ello es necesario definir dos conceptos básicos que habrán de ponerse en relación: *ordenamiento y organización*⁴⁷⁴.

El ordenamiento es el grupo social organizado sometido a normas comunes. Existe toda una escala de ordenamientos jurídicos jerárquicamente relacionados, al igual que pueden observarse distintos grupos sociales en

⁴⁷⁴Véase Sanchez Morón, M. *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, Centro de Estudios Constitucionales, 1980, pp. 234 y ss.

relación supremacía, coordinación y subordinación y, asimismo, diversas normas jurídicas distintamente jerarquizadas. El ordenamiento es, pues, colectividad o comunidad y es la norma que la rige y de que se dota en una u otra forma.

Políticamente, el ordenamiento encuentra su expresión a través de la organización. Ésta expresa el elemento de autoridad dentro de cada ordenamiento y es el sujeto identificable que elabora la norma y la aplica. De ahí que el tipo de organización sea la mayor garantía para la satisfacción de los intereses supraindividuales. Cuanto mayor sea la correspondencia entre grupo social y organización, mayor será la posibilidad de que los intereses del grupo sean adecuadamente satisfechos en forma pública. La organización supone, a su vez, un nuevo sujeto colectivo generador de intereses propios. Las deficiencias en la correlación entre intereses supraindividuales y organización concede un mayor margen a la satisfacción de los intereses propios de ésta.

Aquí, se concreta el aspecto jurídico garantista de la organización. La discrecionalidad es el grado de autonomía que la autoridad detenta para determinar qué intereses difusos y colectivos y en qué manera deben ser actuados públicamente. Cuanto más cercana sea la organización a los portadores de los intereses difusos y colectivos, mayor efectividad tendrá este tipo de garantía.

La norma general, es decir, la que rige cada ordenamiento general atribuye a cada una de las unidades organizativas de dicho ordenamiento la tutela de un determinado interés. La garantía organizativa consiste en establecer una conexión entre los portadores de intereses difusos y colectivos coincidentes o relacionados directamente con el interés público a actuar y la organización a la que se encomienda la satisfacción de ese interés publicado. En esto consiste el *principio de participación orgánica*.

Esta participación, sin embargo, puede ser formalmente aséptica o finalizada. Es finalizada cuando viene establecida por la norma como garantía para la consecución de un objetivo concreto, como puede ser la modificación de determinadas condiciones sociales. En tal caso, la organización resultante deberá reflejar ese elemento finalista, potenciando la representación de determinados intereses sociales, precisamente, aquellos concordantes con la necesidad de reforma. La identificación de la participación orgánica finalizada es un problema de interpretación normativa y la infracción de la norma que la establece podrá ser controlada judicialmente por el tribunal competente según el carácter del precepto infractor. El principio de la participación una vez afirmada su aplicación a un supuesto organizativo concreto, limita de esta manera la discrecionalidad de la Administración en la creación de nuevas estructuras. Ciertamente, que otros elementos como los factores técnicos limitan el alcance del principio participativo y pueden argüirse como componente de la potestad discrecional. En todo caso, las necesidades técnicas no pueden justificar por sí solas una decisión administrativa que favorezca la representación de determinados intereses en contra de la finalidad para la que se crea la unidad administración participada⁴⁷⁵.

La conexión orgánica entre ordenamiento y organización se establece a través de las fórmulas organizativas. Estas se vinculan a dos principios básicos, el de la electividad y el de la representación de intereses. Para mayor claridad es preciso diferenciar entre representación de un ordenamiento y fórmula organizativa.

La organización puede reflejar la representación de muy diversos tipos de ordenamientos. A veces, la conexión se establece con un ordenamiento o comunidad general, identificada por constituir un conjunto de convivencia en

⁴⁷⁵Véase Ruiz De Apodaca Espinosa, Á., “La participación orgánica en materia ambiental: el consejo asesor de medio ambiente y los consejos asesores de las comunidades autónomas”, *Revista Jurídica Navarra*, N° 42, 2006, pp. 93-118.

torno a un territorio. Una determinada organización puede acoger la representación global e indiferenciada de los intereses existentes en el seno de la comunidad. Según el esquema liberal democrático esa representación se concreta a través de fórmulas electivas, atribuyendo el derecho al voto a todo ciudadano. En este sentido, puede hablarse de representación política a la que en las democracias occidentales acompaña el principio electivo.

En otros casos, el ordenamiento representado no es de carácter general sino particular. Es decir, consiste en una comunidad o colectividad determinada por ciertas características personales específicas de sus miembros, como pueden ser la profesión, la actividad económica o social, Esta representación puede también instituirse en base a la fórmula electiva.

La fórmula electiva supone siempre la atribución de una igual facultad de determinación de los representantes a todos los individuos componentes de un ordenamiento general o particular. La fórmula de representación de intereses implica un paso organizativo intermedio. Se trata de especificar previamente los intereses diferenciados que existen en el seno de un ordenamiento y, posteriormente, de individualizar las organizaciones sociales portadoras de los mismos, a las cuales se atribuye, en diferente forma, la facultad de determinar los representantes de cada ordenamiento particular o categoría social que deben estar presentes en la organización de un ordenamiento de mayor generalidad respecto a aquél⁴⁷⁶.

Actualmente, se asiste a un proceso creciente de institucionalización de la representación de ordenamientos particulares en el seno de las Administraciones Públicas, que forman parte, a su vez, de los ordenamientos generales. Por ejemplo, la Administración del Estado en su conjunto pertenece como organización al ordenamiento general estatal. Dada su

⁴⁷⁶Véase García De Enterría, E. y Fernández, T.R., *Curso de Derecho Administrativo, II*, Civitas, 12ª Edición, 2011, pp. 89 y ss.

diferenciación funcional y orgánica, cada una de sus unidades o estructuras entra en contacto diferenciado con los intereses existentes en otros ordenamientos sociales particulares. Así, la Administración escolar se conecta con los ordenamientos estudiantil y profesional. El principio de la participación administrativa puede manifestarse mediante una conexión de tales ordenamientos con la estructura pública correspondiente. Dicha conexión puede concretarse en la creación de fórmulas de representación de los ordenamientos particulares específicamente afectados. La representación puede instituirse en base a fórmulas electivas y así los estudiantes y profesores de un colegio o distrito escolar elegirán por sufragio a sus representantes; o en base a la fórmula de representación de intereses. Esta última, implicará la determinación de las organizaciones o asociaciones de estudiantes y profesores más representativas, a las que se atribuirá la facultad de designar o concurrir a la designación de los representantes.

De esta manera quedan diferenciados dos niveles. Uno es el de la especificación de los intereses que deben estar representados. Otro es el de la forma concreta en que se expresa tal representación. En muchos casos, la simple contraposición entre representación política y representación de intereses en sentido general oculta o elude toda una serie de matizaciones importantes. En especial, el hecho de que la expresión en la organización pública de intereses diferenciados puede realizarse mediante elección o por designación de las organizaciones más representativas. Incluso, puede ocurrir que esta última fórmula se concrete a nivel de la comunidad u ordenamiento general, tal como ocurre en el caso de los grandes consejos económicos y sociales⁴⁷⁷.

⁴⁷⁷Véase Sánchez Morón, M., “Participación, neocorporativismo y administración económica”, en Martín-Retortillo, S. (Coord.), *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Economía y Hacienda, Madrid, 1991, pp. 3943-3978.

La fórmula electiva parece en principio preferible, pues atribuye una mayor independencia al representante, al tiempo que arbitra un modo de manifestación directa de la voluntad del ciudadano concreto. Si bien es cierto que en la práctica los candidatos suelen formar parte de las organizaciones sociales, no lo es menos, que de esta manera el individuo puede expresar, en último término, su preferencia por una u otra organización.

Sin embargo, la fórmula de la representación de intereses es más integradora, en cuanto que tiende a corresponsabilizar directamente a las organizaciones sociales en la acción de los poderes públicos. Desde un punto de vista eficientista, se revela de gran utilidad, pues permite una previsión de la respuesta social a las decisiones. Desde una perspectiva democrática, deben oponerse ciertos reparos. No sólo en abstracto, porque sustituye la decisión de los ciudadanos por la de las organizaciones con la correspondiente mediación de intereses que se realiza a través de éstas. Además, puede limitar la capacidad de presión y de contraposición dialéctica entre los diversos grupos sociales, acerca a los vértices de las organizaciones sociales a los de la propia Administración y los de las organizaciones contrapuestas, fomentando la creación de una nueva clase dirigente elitista y alejada de las bases sociales.

Los órganos de que forman parte los representantes elegidos o designados en virtud del principio de la participación administrativa son órganos colegiales. Estos órganos tienen a veces funciones consultivas, en otros casos de control de la autoridad decidente, a través de la exigencia de informaciones y de una especie de dictamen vinculante previo a la ejecución del acto. El caso prototípico es aquel en que se les confieren directamente facultades decisorias. La autoridad pública se ve sustituida por el órgano colegial participado al que se le atribuye la discrecionalidad administrativa. Ello no significa una confusión jurídica del interés público con los intereses difusos y colectivos representados. O con una composición de los mismos.

Se puede seguir manteniendo la tesis de que estos órganos, en cuanto pertenecientes a la Administración, tienen atribuida la tutela de un interés público concreto, que opera en el procedimiento decisonal como interés primario⁴⁷⁸.

Lo que ocurre es que, en primer lugar, no existe una distinción ontológica entre intereses públicos e intereses supraindividuales, pues cada uno de aquéllos es un interés social publicado. En segundo plano, lo que sucede es que el elemento a través del cual se introducen los intereses supraindividuales secundarios es precisamente el elemento organizativo. Los representantes de intereses supraindividuales que forman parte de un órgano participado no tienen completa libertad para fijar el contenido del interés público primario. Este viene determinado previamente por la norma y por las directrices de los órganos o autoridades administrativas supraordenadas. Lo que ocurre es que se deja en manos de los representantes de los interesados la concreción de la decisión y, por tanto, el grado de discrecionalidad consistente en la interpretación de las limitaciones del interés primario que se realiza mediante la toma en consideración de los secundarios, en los límites permitidos por la norma de rango superior⁴⁷⁹.

Ahora bien, el principal problema intrínseco a la composición de los órganos participados es el de la heterogeneidad de los intereses representados. Si es excesiva, puede dificultar el proceso de decisión. Por lo demás, una homogeneidad de intereses muy restringida puede equivaler a la privatización del servicio en beneficio de una categoría limitada de ciudadanos. Por eso se ha estimado que la participación orgánica sólo es válida en unidades administrativas pequeñas y que no presentan grandes

⁴⁷⁸Véase González Navarro, F., “Órganos colegiados en la ley de procedimiento administrativo”, *Documentación Administrativa*, N° 55, 1962, pp. 39-52.

⁴⁷⁹Por ello, la organización opera como garantía del respeto de los intereses secundarios. Y de ahí, que la organización deba responder a la valoración previa de la relevancia de cada interés supraindividual que la norma realiza. Véase Trayter Jiménez, J.M., “Los órganos colegiados en el momento presente”, *Revista Española Derecho Administrativo*, N° 150, 2011, pp. 299-330.

dificultades. En otras palabras, si la participación orgánica se concreta tan sólo en la creación de algunas estructuras representativas en el seno de la Administración, dejando intacto el aparato burocrático tradicional, dichas estructuras o serán de ínfima importancia o constituirán enclaves aislados sometidos al cerco del poder burocrático y sin posibilidad de eficacia externa. Por ello parece más adecuado proceder siquiera más lentamente, a una reestructuración general de cada servicio antes o al tiempo que se dota al mismo de un nuevo organismo decisorio de base representativa.

7. Conclusión

Como puede observarse, la *participación administrativa*, de hecho, ha venido penetrando progresivamente a la Administración Pública, en las más variadas formas; y las normas sobre su organización han venido regulando también paulatinamente estas formas de colaboración o integración de los particulares o representantes de intereses colectivos y difusos en las tareas administrativas.

La propia Constitución ha dado la pauta y no sólo regula manifestaciones de la participación administrativa, sino que prescribe (artículo 9.2 CE) incluso que: *“corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”*. Y, es que, la participación en la Administración Pública no sólo debe verse como el ejercicio de un derecho por parte de los ciudadanos considerados individualmente o en su dimensión social (asociaciones), sino como la imposición de una carga en base a los deberes derivados de la solidaridad social. A tal efecto, la propia Constitución regula las fórmulas asociativas, potenciándose así la defensa de diversos intereses

colectivos y difusos. A partir de ahí, se comprende la amplitud reservada al derecho de asociación (artículo 22 CE), genéricamente considerado, pero también el protagonismo atribuido a sindicatos (artículos 7 CE y 28 CE) y asociaciones empresariales (artículo 7 CE), colegios profesionales (artículo 36 CE) o a las organizaciones profesionales (artículo 52 CE).

La participación administrativa, por tanto, está en el derecho positivo y está presente en la práctica del Gobierno y la Administración: puede decirse que es el signo de nuestro tiempo. Sin embargo, como se ha dicho, la dogmática del Derecho administrativo aún no acepta del todo la idea misma de la *participación*. Al contrario, sólo se circunscribe a las instancias políticas representativas, en tanto que a los intereses colectivos y difusos todavía se les aprecia como destinatarios o beneficiarios de normas y actos que se dictan unilateralmente⁴⁸⁰. El dogma es que todo contacto entre la Administración y los ciudadanos, debe verse con recelo, pues se estima irreconciliables el interés público que legitima la actuación del Estado y el interés particular y privado de los individuos.

Este esquema sólo cambiará por completo cuando se comprenda desde las trincheras administrativas, que el interés general no es monopolio de Estado y su Administración Pública, y que también puede ser asumido – incluso con mayor efectividad⁴⁸¹– por los ciudadanos tomando cuerpo los intereses colectivos y difusos y que, por tanto, la propia actividad administrativa ya ni siquiera es monopolio tampoco de los órganos administrativos clásicos, pues, por la impregnación de la participación

⁴⁸⁰Y si el Derecho administrativo destaca su presencia, es para calificarlos de grupos de presión o para montar todo un sistema sancionatorio en base a la psicosis de la corrupción. Véase Sánchez Morón, M. “Reflexiones sobre la participación del ciudadano en las funciones administrativas en el sistema constitucional”, *Revista Catalana Dret Públic*, Nº 37, 2008, pp. 223-245

⁴⁸¹El denominado “*interés general*” pasa a ser producto de un proceso dinámico y compartido fruto del diálogo que recorre tanto la formulación como la gestión de las políticas públicas. Véase Pascual i Esteve, J.M. y Godàs i Pérez, X., ¿Qué es la gobernanza?, en Pascual Esteve, J.M. y Godàs i Pérez, X. (Coords.), *El buen gobierno 2.0: la gobernanza democrática territorial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 19-33.

administrativa, comienzan a ser considerados como actos administrativos y, con ello, sometidos al Derecho administrativo, muchos adoptados por los propios particulares.

En consecuencia, el éxito de la participación implica la superación definitiva de la exclusiva y excluyente dicotomía entre el interés público e interés privado, ya que supone la aceptación de determinados intereses y valores colectivos que asumen una función de intermediación entre el ciudadano y la sociedad. En estos casos el ciudadano se presenta portando un interés *uti cives* y no *uti singulus*, lo que no es óbice para afirmar que el ciudadano perseguirá a través de la mejora del funcionamiento de la Administración, una situación que redundará en su propio beneficio.

Finalmente, recordar, que la *participación* en el seno de la Administración tiene una relación directa con el principio de *transparencia* y su concreción en el *acceso a la información*⁴⁸². En primer lugar, porque la información es un requisito previo de la participación o, aún más, *participar es, ante todo, estar informado*. De hecho, muchas veces, la consecuencia más importante de la participación administrativa, desde un punto de vista democrático, es la difusión de la información en el cuerpo social que a través de ella se produce. Se podría afirmar, que en casi todos los supuestos de participación en el ejercicio de las funciones administrativas que se conocen hay, por un lado, un intento integrador de negociación, que tiene como función prevenir el conflicto social y, por otro, una intención de romper con el monopolio burocrático de la información⁴⁸³.

⁴⁸²Véase el capítulo IV del presente trabajo “La participación en la Administración Pública y la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno”.

⁴⁸³Véase Sánchez Morón, M., “Elementos de la participación ciudadana”, *Revista Vida Local y Autonómica*, N° 221, 1984, pp. 37-46.

**CAPÍTULO IV: LA PARTICIPACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y
LA LEY 19/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE TRANSPARENCIA, ACCESO
A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO**

Introducción

Ciertamente, vivimos, no sólo en España, un momento histórico en que las sociedades, en parte desengañadas de sistemas dogmáticos estáticos, exigen un acercamiento a la realidad, a la naturaleza de las cosas, a las viejas y siempre nuevas, ideas de la persona y de sus derechos fundamentales, a la centralidad de la dignidad humana. Del mismo modo, desde el pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, comienza a calar una nueva manera de acercarse a la realidad administrativa a partir de la cual lo decisivo y relevante no va a ser la autocontemplación cerrada de la Administración, sino el fin de la *acción pública*. Fin y sentido de la acción pública hoy, efectivamente, en una sociedad en constante y acelerada evolución que todo lo fía a la innovación tecnológica y al progreso, en el sentido más material del término, ha ido perdiendo, poco a poco, la centralidad de la persona en la construcción del orden político, jurídico, económico y social⁴⁸⁴.

En las sociedades occidentales de principios del siglo pasado, la distancia que media entre el pueblo y los dirigentes públicos crece sin parar y, por tanto, la confianza de la gente en la Administración Pública, está en los índices en que está. Quizás, esta situación de control y dominio del interés general por los profesionales de la cosa pública pueda mudarse si de verdad las instituciones públicas se abren a los *ciudadanos*, lo que reclama la idea de que son los ciudadanos los dueños de las instituciones públicas sea la columna vertebral de los programas de educación cívica.

⁴⁸⁴Véase Sommermann, K.P., “Las exigencias de una administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del Estado de Derecho”, en García Macho, R. (Ed.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 11-26.

De esta manera, si la *transparencia*, como la *participación*, pasan de su relevancia retórica a su trascendencia práctica y real para la ciudadanía, entonces, será más fácil y sencillo proceder a abrir el interés general a la vitalidad de la realidad y a las mejores condiciones de vida de los ciudadanos⁴⁸⁵.

Los modernos postulados de la reforma administrativa plantean, en definitiva, que la *participación* y la colaboración entre ciudadanos y la Administración sea la expresión real de una concepción del interés general *abierto, plural, dinámico, complementario e informado*. Es más, como ha reconocido solemnemente el Tribunal Constitucional (Sentencia de 7 de febrero de 1984), en el Estado social y democrático de Derecho, los *intereses públicos deben definirse, no de manera unilateral o monolítica como en el pasado, sino a través de una acción combinada y participada entre poderes públicos y los diferentes agentes o actores sociales*.

En este punto, la Constitución española es suficientemente clara, pues, el artículo 105 CE establece los presupuestos necesarios para la *participación de los ciudadanos en la actividad de la Administración Pública*. En efecto, a parte de las instituciones participativas de las letra a) y c) del citado artículo 105, se prevé, en él, *el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos* –salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas-. Se trata de una previsión constitucional que refleja de alguna manera la preocupación del constituyente por facilitar la *participación* de los ciudadanos en el corazón de las decisiones administrativas que les afecten⁴⁸⁶.

⁴⁸⁵Véase Rodríguez-Arana, J., “Sobre la transparencia en la Administración Pública”, *Revista de Estudios Locales*, N° 103, 2007, pp. 28-39.

⁴⁸⁶Véase Castellà Andreu, J.M., “La participación ciudadana en la Administración Pública”, *Revista Vasca Administración Pública*, N° 34, 1992, pp. 39-83.

Así, esencial a la *participación* en los asuntos públicos es la posibilidad del destinatario de la acción administrativa, de *acompañar* el proceso de producción de la decisión y *participar* en la propia formulación de tal resolución. Para ello, es del todo necesario que el destinatario de esa acción pueda conocer y tener “*acceso*” a los expedientes y a cualquier documento o información que detente la autoridad pública y que pueda serle útil en sus pretensiones.

En esta materia, en el ordenamiento jurídico español, además del artículo 105 b) de la Constitución, el acceso a los registros y documentos, se regulaba hasta poco tiempo atrás, con carácter general, en el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Desde la perspectiva del Derecho comparado, tanto la Unión Europea como la mayoría de sus Estados miembros cuentan ya sus ordenamiento jurídicos con una legislación específica que regula la transparencia y el derecho de acceso a la información pública. España no podía permanecer por más tiempo al margen y, tomando como ejemplo los modelos que proporcionan los países del entorno, adopta una nueva regulación sobre la materia contenida en la reciente Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, la cual ahonda en lo ya conseguido, supliendo carencias, subsanando deficiencias y adaptada a la creciente reivindicación de *profundización democrática*.

Pues bien, la finalidad de este último capítulo del presente trabajo, es plantear una valoración sobre la *transparencia de la información en la actividad pública* según el contenido regulado por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, poniendo especial énfasis, en considerar esta nueva normativa jurídica como herramienta eficaz para asegurar el *acceso a la información*

pública y, por consiguiente, posibilitar una mejora sustantiva en la *participación de los ciudadanos en los asuntos públicos*. Para ello, las páginas que siguen se abocan en presentar el acceso a la información como presupuesto de la participación realizando al respecto un examen particularizado de ciertos preceptos del texto legal que pudieran ser relevantes desde una óptica participativa.

I. El acceso a la información

1. La transparencia como valor en sí misma

En tiempos donde los sistemas y estructuras se tambalean, donde la incertidumbre es una variable intrínseca de los entornos, donde las sociedades se mueven, donde existe una tendencia de redescubrir y desmitificar los modelos que explican la realidad, la *confianza* es uno de los valores más apreciados por los individuos.

La inestabilidad y la crisis de credibilidad de los modelos, en otro tiempo absolutizados e incluso idolatrados, hace que los individuos y las sociedades en su conjunto, busquen una información más directa de los agentes políticos, económicos y sociales, con el fin de poder establecer su propio criterio, que les permita confiar en el sistema y sus agentes⁴⁸⁷.

⁴⁸⁷Las crisis intrínsecas de los modelos políticos, económicos y sociales, son las que han desatado la desconfianza en los mismos, no sólo de los que ya se oponían a ellos, si no, lo que ha sido más grave, de aquellos que confiaban, soportaban y promovían los propios modelos y sistemas. Probablemente, la simplificación y la tendencia al dogmatismo de algunos modelos, presentándolos como la panacea social y el único camino posible, hizo que no se fraguara una visión crítica, que avisara sobre los riesgos y crisis potenciales, y que, por tanto, permitiera correcciones, mejoras o cambios de rumbo. Puede que esto explicase que las crisis hayan tenido tanto o más impacto en los agentes internos, que se sentían seguros dentro de ellos, que los externos a los modelos, que ya se oponían a sus fundamentos. En la mayoría de los casos esto creó desconfianza y sensación de gran incertidumbre entre los agentes que soportaban los modelos, poniendo en duda la eficacia y transparencia de los

Debido a ello, la transparencia se ha convertido en un valor imprescindible para generar la confianza, de los individuos y las organizaciones, en los modelos y sistemas en los que se mueven y actúan. También la transparencia se ha integrado como una necesidad en las relaciones entre los distintos agentes que conviven en los sistemas. En este sentido, los ciudadanos, como individuos, esperan y exigen transparencia en las organizaciones e instituciones que los representan, los inversionistas demandan transparencia a los gestores de sus inversiones, los consumidores y compradores solicitan mayor transparencia respecto a la información ligada al producto o servicio, los empleados exigen y valoran la transparencia de la gestión de las organizaciones y empresas que conforman, y la sociedad en general exige más información sobre las actuaciones e impactos (económicos, sociales y ambientales) de los distintos actores que inciden en la misma.

Por todos es sabido que una de las bases de la democracia es la *participación de los ciudadanos* en la gestión de lo público, consiguiendo que las instituciones y Administraciones que en realidad desarrollan las funciones más operativas en esta misión sean consideradas como propias, cercanas y abiertas a sus expectativas, necesidades y percepciones. Por tanto, los sistemas de gestión de las instituciones que gestionan los bienes y servicios públicos que consiguen una identificación e involucración de los ciudadanos, son los que a la postre ayudarán a la legitimación social de su gestión, al considerarla como de propia responsabilidad. Para eso, es necesario establecer sistemas que faciliten la apertura de las instituciones a sus partes interesadas, en especial a la ciudadanía, así como la integración de sus expectativas y necesidades en las estrategias y objetivos que desarrolla.

mismos. Véase Cordero Sanz, C., “Derecho de acceso a la información y transparencia: herramientas necesarias para la democracia en una sociedad abierta”, en Sánchez de Diego Fernández de la Riva, M. (Coord.), *El papel del Derecho de la información en la sociedad del conocimiento*, Actas del Seminario Internacional Complutense, Madrid, 2007, pp. 55-67.

En este sentido, aunque existen distintas formas de integrar a las partes interesadas en la gestión de las instituciones, pocas suelen incluir procesos de comunicación y relación (información, acceso a la información y participación en la generación y gestión de políticas públicas) basados en el principio de inclusión de las mismas. Es obvio que, dependiendo del conocimiento, la relación histórica y del nivel de confianza y reconocimiento mutuo alcanzado, entre la institución y sus partes interesadas, los procesos serán más maduros, más abiertos y permitirán mayor eficacia en la aplicación del principio de inclusión.

La confianza no se compra, ni se crea, si no que se genera en un proceso que requiere relación y resultados a lo largo del tiempo. La confianza es un valor frágil que requiere coherencia de las distintas variables que generan la opinión de las personas, y en este caso de las partes interesadas, tanto entre ellas como a lo largo del tiempo. La única forma eficaz de evidenciar la coherencia, de la organización y de sus estrategias frente a los resultados derivados de su comportamiento, es mediante sistemas que garanticen la transparencia con actividades de comunicación.

La transparencia es un *valor en sí mismo*. Es la clave en las formas de comunicación que emplean, tanto las personas como las organizaciones e instituciones, para relacionarse y generar confianza en los demás. La comunicación no debe ser interpretada como una herramienta unidireccional de transmisión de ideas con las que queremos incidir, si no como un proceso más complejo, normalmente multidireccional, en el que emitimos y recibimos mensajes relacionados, con los que incidimos y nos influyen. Por tanto, entender la comunicación únicamente como la acción de propagar un mensaje es tener una visión muy limitada de la realidad del concepto. Es evidente que los procesos de propaganda, publicidad, marketing, venta son y deben ser considerados como procesos de comunicación, pero no son los únicos. En este sentido, procesos relacionados con la información, la

rendición de cuentas, las reclamaciones, la solicitud de información, la negociación, el dialogo, la participación, entre otros, deben ser considerados comunicación también, como lo son los anteriores⁴⁸⁸.

Desde este punto de vista, es fácilmente comprensible entender por qué la transparencia es un elemento imprescindible para garantizar que los procesos de comunicación entre las partes generan la confianza de las mismas. La transparencia no es el fin de ninguna organización, pero debe ser algo inherente a la misma, así como a sus procesos de gestión y comunicación, para que sea capaz de generar confianza en sus partes interesadas.⁴⁸⁹

2. El acceso a la información pública como presupuesto de participación

La *información* al ciudadano sobre las actividades de la Administración y sobre los datos y documentos que ésta posee y que pueden afectar a sus derechos e intereses legítimos o a las condiciones en que se desenvuelve su vida es una exigencia elemental del Estado democrático de Derecho. Pero, precisamente, por eso, el acceso no es un derecho natural o un presupuesto del orden jurídico en cuanto tal, sino una conquista histórica, como la democracia y como el Estado de Derecho. Es más, se trata de una conquista relativamente reciente y que todavía debe perfeccionarse⁴⁹⁰.

⁴⁸⁸Véase Sánchez de Diego Fernández de la Riva, M, “Un derecho fundamental a acceder a la información pública”, en Sánchez de Diego Fernández de la Riva, M. (Coord.), *El derecho de acceso a la información pública*, Actas del Seminario Internacional Complutense, Madrid, 2007, pp. 7-41.

⁴⁸⁹Véase Alberich, T., “Gestión pública, participación ciudadana y desarrollo local”, *Política y Sociedad*, N° 31, 1999, pp. 163-174.

⁴⁹⁰La importancia creciente del principio de *transparencia* y su concreción en el *acceso a la información* para la realización del Estado social y democrático se debe, de una parte, al impacto de las nuevas tecnologías de información en la cultura de comunicación y de formación de la opinión en la sociedad y, de otra, a la necesidad de fortalecer la posición de los ciudadanos frente a un sistema político-administrativo siempre más complejo y sofisticado. Véase Sommermann, K.P., “La exigencia de una Administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del Estado de

Pues, lo cierto es que, hasta tiempos no muy lejanos, la regla general del funcionamiento administrativo y de las relaciones entre la Administración y el ciudadano ha sido la reserva, el secreto y la opacidad. Estos sí, presupuestos de aquel modelo burocrático clásico, descrito y teorizado por Max Weber, que tan difícil resulta superar por completo. En el contexto de este modelo de Administración, estrictamente jerarquizada y cerrada sobre sí misma, el dominio de la información se concibe tan sólo como una fuente de poder, que es necesario reservar celosamente en manos de unos pocos⁴⁹¹.

Sólo en la medida en que la Administración ha asumido un nuevo talante de apertura al medio social y de servicio al ciudadano en vez de situarse al servicio exclusivo de un Estado separado de la sociedad, en la medida en que ha desarrollado una actividad prestacional y de intervención en la economía al lado del tradicional ejercicio de autoridad y, en la medida en que el Derecho reconoce a los particulares su condición activa de ciudadanos en vez de la de meros súbditos o administrados, la regla general ha empezado a invertirse⁴⁹². Al menos, en el plano de la teoría jurídica y de las normas de cabecera del ordenamiento jurídico, empezando por las internacionales y las constitucionales, que propugnan hoy la difusión de la *información* y se establece lo que se sintetiza como un *principio de transparencia administrativa*. La confidencialidad y el secreto, que en ciertos casos deben preservarse por razones prevalentes de interés público o para proteger derechos de terceros, constituyen la excepción⁴⁹³.

Derecho”, en García Macho, R., (Ed.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 11-26.

⁴⁹¹La opacidad de la vida administrativa no es buena compañera de la eficacia, de la eficiencia y de la imparcialidad de la Administración Pública, pues, encubre la existencia de vicios de burocracia, desperdicios e ilegalidades. Véase Condesso F., *Derecho a la información*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 63 y ss.

⁴⁹²Véase Embid Irujo, A., *El ciudadano y la Administración*, MAP, Madrid, 1994, pp. 88 y ss.

⁴⁹³Hay que reconocer, sin embargo, que el *secreto administrativo* no puede tampoco asimilarse pura y simplemente a un arcaísmo administrativo. Responde a imperativos de eficacia así como a valores que siguen siendo muy actuales. El secreto administrativo no es sólo una garantía individual para los agentes públicos. Con él se les preserva de las presiones excesivas de los administrados, y al propio tiempo, según los principios fundacionales del Derecho Administrativo, se asegura la primacía del

Ahora bien, entre las referencias a la información administrativa que contienen dichas normas y las que las desarrollan, es preciso, distinguir al menos cuatro perspectivas distintas: un primer conjunto de normas establecen deberes de información recíproca entre distintas Administraciones Públicas o, en el plano internacional y supranacional, entre distintos Estados. Estas normas son, por un lado, consecuencia de la descentralización interna de los Estados y de la necesidad de articular coordinación de todas las instancias administrativas por razones de eficacia y garantía de la lealtad constitucional. Por otro, en el ámbito europeo, son un presupuesto de la formulación de las políticas comunes y un instrumento de control del cumplimiento del Derecho comunitario. Finalmente, constituyen un mecanismo de control entre los Estados y las organizaciones internacionales.

Un segundo grupo es el que se refiere a las obligaciones de los Gobiernos y Administraciones Públicas de informar al Parlamento y Asambleas representativas y a otros órganos especializados de supervisión y control, tales como, los Jueces y Tribunales de Cuentas, *Ombudsmen* e instituciones equivalentes. En estos casos, la información es un requisito para el control político o jurídico que corresponde ejercer a todas esas instituciones.

Hay en tercer lugar otras normas y con mayor extensión, determinadas prácticas administrativas que tienen como finalidad organizar la difusión de informaciones de carácter general desde la Administración hacia el público. Aparte de la relativa a la publicidad oficial de normas y actos, este tipo de actividad es una necesidad de toda Administración moderna, que desea por su propia iniciativa comunicar regularmente sus actividades y los problemas a los que se enfrenta y explicar sus puntos de vista a la ciudadanía, en

interés general sobre las preocupaciones particulares. El secreto profesional constituye igualmente una garantía fundamental de libertades individuales esenciales como el derecho a la intimidad. Véase Jerouzo, Y., “El derecho a la transparencia administrativa: el acceso de los administrados a los documentos administrativos”, *Documentación Administrativa*, N° 239, 1994, pp.10-29.

búsqueda de su comprensión y colaboración. De ahí la proliferación de gabinetes de prensa, oficinas de información, portavoces, conferencias y ruedas de prensa, boletines y revistas, intervenciones en medios de comunicación de los responsables políticos y administrativos, etc. Estas formas de información se inscriben en un concepto más amplio de relaciones públicas de la Administración, que, a imagen de la empresa privada, debe cuidar y convencer a su “clientela”. Por eso es también una consecuencia de la traslación de técnicas y actitudes empresariales al sector público, que desde hace décadas viene teniendo lugar⁴⁹⁴.

Por último, algunas normas reconocen y regulan un derecho subjetivo de los particulares a requerir y obtener informaciones de las que disponen las Administraciones Públicas y que no difunden de oficio (al menos, con carácter de información general al público). Dichas normas cumplen tres funciones complementarias en el ordenamiento jurídico. Primero, pretenden satisfacer el interés individual de los titulares del derecho a obtener una información que les puede afectar o que desean conocer, cualesquiera sean las razones de su iniciativa. Desde este punto de vista, las normas que sancionan el acceso a la información contemplan un derecho subjetivo de carácter sustantivo, conectado con el derecho a la información⁴⁹⁵.

Sin embargo, este derecho, como casi todos, tiene también una dimensión objetiva, ya que repercute directamente sobre el modo de funcionamiento de la Administración, constriñéndola a aumentar su transparencia. Esta, por lo demás, no es un fin en sí misma, sino una forma de evidenciar la responsabilidad de la Administración y de sus agentes, por lo que indirectamente estimula su eficacia y la corrección (no sólo jurídica) de

⁴⁹⁴Véase Sánchez Morón, M., “Reflexiones sobre la participación del ciudadano en las funciones administrativas en el sistema constitucional español”, *Revista Catalana Dret Públic*, N° 37, 2008, pp. 223-245.

⁴⁹⁵Véase Sainz Moreno, F., “El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros públicos”, *Revista Española Derecho Administrativo*, N° 24, 1980, pp. 119-130.

su actuación⁴⁹⁶. En tercer término, el acceso a la información permite al particular adquirir elementos de conocimiento o de juicio que pueden ser convenientes para la intervención y defensa de sus derechos e intereses legítimos, ya sea en la vía administrativa o en la judicial. Al propio tiempo, se revela sumamente efectivo para la *expresión y protección de intereses supraindividuales* (colectivos y difusos) al permitir el conocimiento a los individuos y a las organizaciones que tienen atribuido la defensa de los mismos, de las razones, decisiones, orientaciones y proyectos de la actividad administrativa que les afecte. Desde este último enfoque, los derechos de acceso a la información tienen un significado instrumental, ya que constituyen un *requisito o presupuesto para el ejercicio de una verdadera participación*, esto es, una efectiva presencia de los intereses reales de la ciudadanía en el proceso de confección de las normas y actos de la Administración. Sin esa presencia, no hay participación y sólo cabría una participación y una transparencia administrativa fingida, que es aquella que trae causa de las afirmaciones rimbombantes y solemnes de legisladores y agentes públicos⁴⁹⁷.

Conviene distinguir, en todo caso, dos modalidades de derechos de acceso a la información⁴⁹⁸. La primera de ellas es la que tiene lugar en el marco de un procedimiento administrativo en curso. Esta información puede ser general y abierta al público, sobre todos o algunos extremos del expediente. Éste trámite se denomina de *información pública*, y como ya se ha dicho anteriormente, cualquier persona física o jurídica puede intervenir, como establece con carácter general el artículo 86.2 de la Ley 30/92, examinando el expediente o la parte del mismo que se haga pública, con el

⁴⁹⁶Véase Jegouzo, I., “El derecho a la transparencia administrativa: el acceso de los administrados a los documentos administrativos”, *Documentación Administrativa*, Nº 239, 1994, pp. 12-29.

⁴⁹⁷Véase Rodríguez-Arana, J., “Sobre la transparencia administrativa”, *Revista Estudios Locales*, Nº 103, 2007, pp. 28-39.

⁴⁹⁸Véase Sánchez Morón, M., “El derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente”, *Revista Administración Pública*, Nº 137, 1995, pp. 31-55.

fin de exponer sus alegaciones. Pero, como es sabido, dicho trámite sólo existe en algunos tipos de procedimientos. Por el contrario, quien tenga la condición de parte o de interesado en cualquier procedimiento administrativo tiene derecho a conocer en cualquier momento el estado de su tramitación y a obtener copias de los documentos que contenga (artículo 35.a) Ley 30/92).

Por otro lado, diferente es el *derecho de acceso a la información administrativa* que se puede ejercer al margen de un procedimiento administrativo, que suele denominarse con más precisión *derecho de acceso general a la información* o, como dice el artículo 105 b) de la Constitución, a los archivos y registros administrativos. Lo característico de este derecho, tal como se entiende en general en el Derecho comparado y por la doctrina jurídica, no es que se ejercite una vez concluido un procedimiento sobre los documentos que forman parte de él, sino que puede ejercerse con independencia de cualquier procedimiento que se siga o se haya seguido en el pasado, ya sea sobre documentos o informaciones que figuren en un expediente o que estén en poder o a disposición de la Administración.

Pues bien, de ello surge un nuevo concepto de legitimidad para la relación con la Administración Pública, no ligada ya al concepto de interés, sino al de *ciudadanía*. Se reconoce a la generalidad de los ciudadanos – considerados individualmente o a través de sus organizaciones- el poder de acceder a la información que detenta la Administración, por la sola condición de ser “*ciudadano*”.

3. El acceso a la información en el Derecho comparado

En la sociedad de la información, una parte sustancial de la misma está en manos del Gobierno y de la Administración. Si no llega al conocimiento de los ciudadanos, se genera un déficit democrático que explica, en buena medida, el desapego de aquéllos respecto de los asuntos públicos y la visión del aparato del poder como una burocracia inescrutable. Por ello, la necesidad de transparencia de las actuaciones públicas se ha ido convirtiendo en una exigencia cada vez más insistente por parte de actores cualificados: estudiosos, periodistas, organizaciones no gubernamentales, etc. En las sociedades complejas de fines del segundo milenio y comienzos del tercero, se ha ido generalizando la idea de que una sociedad democrática requiere que los ciudadanos, por sí mismos y a través de los medios de comunicación social, puedan conocer con la mayor amplitud cómo actúan los poderes públicos y, de ese modo, controlarles, detectar los malos funcionamientos y mejorar así la calidad de la gestión pública. Se trata, además, de un tema que parece estar al margen de las diferentes ideologías políticas o, mejor dicho, ser previo a ellas, en la medida en que conecta con la base misma que permite su expresión, esto es, con la democracia⁴⁹⁹.

Los países pioneros en el reconocimiento y regulación del derecho de acceso a la información pública se encuentran entre los más desarrollados del mundo desde una perspectiva democrática. El movimiento hacia la aprobación de normas que garantizan el derecho de acceso a la información pública fue liderado por los países escandinavos⁵⁰⁰ y por Estados Unidos y los países de su área de influencia anglófona⁵⁰¹. Entre finales de los setenta

⁴⁹⁹Véase Guichot, E., “Derecho de acceso a la información: experiencias regionales y estatales en Europa y América”, *Derecho Comparado de la Información*, N° 19, 2012, pp.135-188.

⁵⁰⁰Con su precedente en Suecia en 1766 (última versión 1976) y, posteriormente, en Finlandia en 1951 (última versión 2009); Dinamarca en 1970 (última versión en 2000) y Noruega (última versión en 2006).

⁵⁰¹Estados Unidos de América en 1966 (última versión en 2007); Canadá en 1982 (última versión en 2001); Nueva Zelanda (última versión en 2003) y Australia (última versión 2009).

y principios de los noventa, se expandió entre los países latinos de la Europa occidental, con Francia como pionera, en algunos de los cuales la regulación vino a integrarse en leyes más generales reguladoras de las relaciones entre Administración y ciudadano o del procedimiento administrativo⁵⁰². A finales de los noventa y principios del siglo XXI ha habido una auténtica explosión y se ha generalizado la aprobación de leyes de transparencia y acceso a la información pública en los países de Europa occidental que aún carecían de ella, entre ellos, Reino Unido y Alemania⁵⁰³; en los países de Europa y de Asia que se encontraban en la órbita o integrados en la Unión Soviética hasta la caída del muro de Berlín, incluida recientemente la propia Rusia⁵⁰⁴, y en las restantes zonas de América Central y del Sur⁵⁰⁵, Asia⁵⁰⁶, África⁵⁰⁷ y Oceanía⁵⁰⁸. A todas estas regulaciones nacionales, que se acercan al centenar, se le suman más del doble de normas subnacionales y la regula-

⁵⁰²Francia, en 1978 (última versión en 2010); Grecia, en 1986 (última versión en 1999), Italia, en 1990 (última versión en 2005), España, en 1992, Portugal, en 1993 (sustituida por la Ley de 2007), Bélgica, en 1994 (última versión en 2000).

⁵⁰³Con el precedente de Austria, en 1987 (última versión en 2005), seguida por Islandia en 1996; Irlanda en 1997; Liechtenstein en 1999; Reino Unido en 2000; Suiza en 2004; Alemania en 2005; Malta en 2008; Luxemburgo en 2010.

⁵⁰⁴En 1992, Ucrania (última versión en 2002) y Hungría (última versión en 2005); en 1997, Uzbekistán (última versión en 2003); en 1998, Letonia (última versión en 2006); en 1999, Albania, República Checa (última versión en 2006) y Georgia (última versión en 2001); en 2000, Estonia (última versión en 2009), Lituania (última versión en 2005), Eslovaquia (última versión en 2010), Moldavia (última versión en 2003) y Bulgaria; en 2001, Polonia, Rumanía (última versión en 2007) y Bosnia-Herzegovina; en 2002, Tayikistán; en 2003, Croacia, Kosovo, Eslovenia (última versión en 2005) y Armenia; en 2004, Serbia (última versión en 2007); en 2005, Montenegro y Azerbaiyán; en 2006, Macedonia (última versión en 2010); en 2007, Kirguistán; en 2009, Rusia.

⁵⁰⁵Con el precedente en 1985 de Colombia (última versión en 1998) y en 1994, de Belice; en 1999, Trinidad y Tobago; en 2001, Panamá; en 2002, México (última versión en 2010), Perú (última versión en 2003) y Jamaica (última versión en 2004); en 2004, Ecuador, República Dominicana y Antigua/Barbuda; en 2006, Honduras; en 2007, Nicaragua e Islas Caimán; en 2008, Uruguay, Chile y Guatemala; en 2010, Islas Bermudas. Además, existe una regulación por Decreto en Argentina de 2003, en Bolivia de 2004.

⁵⁰⁶En Asia menor: en 1998, Israel (última versión en 2009); en 2003, Turquía; en 2007, Jordania; en 2008, Irán. En Asia sudoriental: en 1996, Corea del Sur (última versión en 2004); en 1997, Tailandia; en 1999, Japón (última versión en 2003); en 2002, Pakistán; en 2005, India y Taiwán; en 2007, República Popular China y Nepal; en 2008, Bangladés e Indonesia; en 2010, Malasia.

⁵⁰⁷En 2000, Sudáfrica; en 2002, Angola (última versión en 2006) y Zimbabue; en 2005, Uganda; en 2008, Etiopía y Nigeria; en 2010, Liberia y Sierra Leona.

⁵⁰⁸En 2009, Isla Cook.

ción de acceso a la información en poder de la Unión Europea⁵⁰⁹. Puede decirse, pues, que se ha generalizado a nivel mundial la existencia de leyes de transparencia y acceso a la información. Los países política, social y económicamente más desarrollados actuaron como pioneros, pero, en la actualidad, países de todos los continentes se han sumado a este movimiento, con leyes en muchos casos más completas y actualizadas debido, precisamente, a su fecha de aprobación, mientras que en los países pioneros la inmensa mayoría de las leyes originales se han ido modificando para adaptarse a nuevas realidades, como la reutilización de la información pública y la aparición de las nuevas tecnologías de la información⁵¹⁰.

El listado y su orden cronológico muestran cómo el reconocimiento y desarrollo legal del derecho de acceso a la información pública está en directa relación con el nivel de democracia de los países –con excepciones, como la tardía apuesta por este género de leyes por grandes potencias europeas como Reino Unido o Alemania, o el caso de Suiza–, habiendo sido de los últimos en incorporarse a la zaga, países difíciles de clasificar en términos democráticos, como China, Irán o Rusia, y restando por incorporarse, en términos generales, países de importancia menor en el escenario geopolítico internacional o donde el sistema político no es exactamente el democrático occidental, como Venezuela o Cuba.

Si bien, la expansión de este género de normas en los últimos años ha ido, asociada a la generalización de la democracia representativa, no obstante, la realidad demuestra que no existe una equivalencia entre democracia y reconocimiento explícito y regulación progresista del derecho

⁵⁰⁹Con el precedente del Código de Conducta relativo al Acceso del Público a los Documentos del Consejo y de la Comisión de 1993, rige hoy el Reglamento (CE) núm. 1049/2001, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, actualmente, en pleno proceso de revisión.

⁵¹⁰A ello se une que el derecho de acceso a la información pública figura en buena parte de las nuevas Constituciones, o se ha incorporado en la reforma de algunas de las más antiguas, en las que, en otros casos, el derecho se ha enlazado, por lo común, a la libertad de información.

de acceso a la información. En la mayoría de las ocasiones, ha debido concurrir una labor activa de las organizaciones no gubernamentales dedicadas a la promoción de la transparencia, de las asociaciones de periodistas y de los medios de comunicación y, en un grado difícil de precisar, de la doctrina académica⁵¹¹. Ni siquiera esos factores han sido siempre suficientes, pues se ha necesitado, las más de las veces, un impulso político nacido en contextos de crisis de legitimación democrática, sospechas de corrupción y debilidad gubernamental⁵¹².

En definitiva, pese a que los análisis políticos y económicos muestran las virtudes de la transparencia como medio, entre otros, para una gestión más eficaz de la *res publica*, creando una cultura administrativa de la gestión racional de la información, estimulando una gestión honesta y previniendo casos de corrupción, facilitando círculos virtuosos de información y participación entre administradores y ciudadanos, la historia muestra que en la mayoría de los países a la transparencia “se llega” frente a una reticencia inicial del que ejerce el poder y de las burocracias a someter su gestión a los focos del debate público informado. En todo caso, el resultado final de este proceso y de esta conjunción de factores ha sido la aceptación generalizada de la necesidad y la conveniencia de aprobar normas que garanticen y regulen el acceso a la información pública. De este modo, el derecho de acceder a la información pública es una conquista que sólo se ha globalizado como consecuencia de la cuasi generalización del sistema de democracia representativa y de la lucha en su seno por una profundización en los mecanismos de *participación ciudadana y control democrático*.

⁵¹¹El caso de España, con la reciente dictación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.

⁵¹²El caso de Estados Unidos, y la “reactivación” de la Ley tras la crisis del *Watergate*, o de la Unión Europea, y la aprobación del Reglamento 1049/2001 como respuestas a una opinión pública especialmente crítica en relación con el oscurantismo, la corrupción y el déficit democrático de las instituciones.

Las normas sobre transparencia y acceso a la información, con sus lógicas e insoslayables discrepancias de detalle, responden a cuestiones comunes y acogen soluciones y, en gran medida, técnicas, también comunes. Si bien puede hablarse de un núcleo importante de regulación común, evidentemente, existen diferencias de “*densidad*” normativa. Puede, en línea de tendencia, constatarse que los países de Europa occidental continental han alumbrado, por lo general, regulaciones escuetas y principales –que van desde el puñado de artículos introducidos en leyes más generales en Francia o Italia, o leyes más modernas pero también “*contenidas*”, como la alemana–. Por el contrario, las normas del mundo anglófono, como Estados Unidos o Reino Unido, así como las nuevas leyes aprobadas en la Europa oriental y Latinoamérica, son notablemente más detalladas. Surge la idea, según la cual no existen diferencias notables en las soluciones que acogen las diferentes leyes de acceso, pero sí en las tradiciones a las que responden, y que se refleja hasta cierto punto en las técnicas normativas: la angloamericana, con leyes poderosas; la continental europea, que ve más bien al gobierno como protector, no tan enfáticas (Francia, Alemania); y la nórdica europea, en que el gobierno no es mirado con confianza ni desconfianza, sino que actúa como un *partner* de la sociedad y de los ciudadanos: el gobierno y la sociedad forjan juntos las políticas públicas sobre la base de la información disponible⁵¹³.

Por supuesto, la existencia de reconocimiento constitucional y de leyes de acceso a la información y cuáles sean sus niveles de “*densidad normativa*” no es el único dato a considerar. A su mayor o menor ambición de transparencia, complitud, calidad jurídica y adaptación a las nuevas

⁵¹³Esta teoría explicaría bien que las (más o menos) nuevas democracias, nacidas tras la caída de los regímenes anteriores en Europa del Este y Latinoamérica hayan optado asimismo por “*leyes poderosas*”, en lo que también ha tenido su peso la intensa labor de *lobby* ejercida en estos países por algunas asociaciones que se inscriben mayoritariamente en la primera tradición y que, por su propia razón de ser, postulan el modelo de mayor transparencia posible. Véase Guichot, E., “Las relaciones entre transparencia y privacidad en el Derecho Comunitario ante la reforma de la normativa sobre acceso a los documentos públicos”, *Revista Española Derecho Europeo*, N° 37, 2011, pp. 37-69.

realidades tecnológicas se une una mayor disparidad en el grado de implementación— en especial, en relación con la gestión de la información, la publicidad activa o las garantías— y en el propio ejercicio ciudadano del derecho de acceso y la mayor o menor tradición democrática y de transparencia⁵¹⁴.

4. El acceso a la información en la Unión Europea

Tiene particular importancia el contexto europeo, y, en particular, la normativa reguladora del acceso a la información aprobada por los demás Estados europeos, en los que puede hablarse ya de una generalización de la regulación del derecho de acceso y, singularmente, la dictada en el seno del Consejo de Europa y de la Unión Europea⁵¹⁵.

El Consejo de Europa es una organización internacional de ámbito regional europeo constituida en 1948 y destinada a promover la configuración de un espacio político y jurídico común en el continente, sustentado en los valores de la democracia, los derechos humanos y el Estado de derecho. Lo conforman actualmente cuarenta y siete países miembros⁵¹⁶. En el sistema del Consejo de Europa, ha habido una progresiva evolución en el fortalecimiento del derecho de acceso a la información pública, que ha tenido un punto de inflexión en el año 2009, en el que han coincidido su reconocimiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como integrante del derecho fundamental a la libertad de expresión e información consagrada en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos

⁵¹⁴Véase los datos sobre el número de solicitudes de acceso por año en cada país y per cápita en <http://www.statewatch.org/news/2010/sep/foia-fringe-special-overview-sep-20-2010.pdf>.

⁵¹⁵Véase Guichot, E., *Transparencia y acceso a la información en el Derecho europeo*, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2011, pp. 25 y ss.

⁵¹⁶Toda Europa incluidos Rusia y Turquía. Se exceptúan Bielorrusia, Kazajistán y el Vaticano. Se puede considerar el equivalente europeo de la Organización de Estados Americanos (OEA). Su portal de acceso es: [http:// www.coe.int](http://www.coe.int).

Humanos (CEDH); y su regulación mediante un instrumento vinculante, el Convenio N° 205 del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos (Convenio 205), abierto a la firma de los Estados el 18 de junio de 2009, que establece un mínimo estándar europeo.

Por su parte, la Unión Europea es una organización internacional de ámbito europeo que se basa en la cooperación y en la integración política, jurídica y económica, surgida en los años cincuenta y que cuenta actualmente con veintisiete Estados miembros⁵¹⁷. En el Derecho de la Unión Europea, el impulso hacia la transparencia ha venido de la mano de las críticas del déficit democrático y la opacidad en la actuación de las instituciones y de la propia lejanía geográfica, mediática y “sentimental”, si se quiere, de los ciudadanos respecto de las instituciones y sus políticas. En efecto, la última década del siglo XX y la primera del siglo XXI han aunado la expansión geográfica de la Unión y el sentimiento de gradual debilitamiento de su estructura institucional y, sobre todo, un notable extrañamiento de la ciudadanía, con el resultado de importantes frustraciones en las iniciativas de profundización en la integración, de los cuales el malogrado Tratado por el que se instituye una Constitución Europea fue la más sonada⁵¹⁸.

En 2001, el fundamental Libro blanco la *gobernanza europea* (COM (2001) 428 final) diagnosticó la cada vez menor confianza e interés de los ciudadanos en las instituciones y en los políticos, y, en especial, en la Unión Europea, y propuso, entre las líneas fundamentales de gobernanza, el fomento de un mayor grado de *participación* y apertura, facilitando una *información* actualizada y en línea sobre la elaboración de las políticas en todas las etapas del proceso de decisión, para hacer posible esa participación activa informada. El principio de apertura, con su llamada a una

⁵¹⁷Su portal de acceso es <http://europa.eu>.

⁵¹⁸No es casual que en este contexto se hayan pretendido reforzar los mecanismos de transparencia y participación.

comunicación más activa sobre la labor de la Unión y sobre las decisiones que adopta, además de una claridad y accesibilidad en el lenguaje en que se formulan, se identificaba, junto al de participación, responsabilidad, eficacia y coherencia, como la base de una buena gobernanza y de los cambios propuestos⁵¹⁹.

En efecto, una pieza, si no única, sí fundamental para la consecución de una Unión Europea más transparente, es el *derecho de acceso a la información pública*. En las dos últimas décadas se ha ido construyendo todo un trenzado normativo, al máximo nivel “*constitucional*” –con reconocimiento en los Tratados y en la Carta Europea de Derechos Fundamentales– y con desarrollo “*legal*” (hoy, en el Reglamento 1049/2001)⁵²⁰, y “*reglamentario*” (en los Reglamentos internos de cada institución, órgano, organismo o agencia), todo ello utilizando las categorías clásicas nacionales aún no reconocidas formalmente en la Unión, tras el fracaso en la ratificación del Tratado por el que se aprueba una Constitución Europea. A ese trenzado normativo se ha

⁵¹⁹En efecto, las medidas de transparencia y acceso a la información no se agotan en el acceso a los documentos, sino que trasciende para incluir la publicidad de las sesiones del parlamento, Consejo o Comisión. En global, debe apuntarse de una auténtica “*política de comunicación*” (que incluye también los comunicados de prensa, las entrevistas con medios de comunicación, las campañas informativas, la edición de folletos, organización de conferencias, ruedas de prensa, establecimiento y gestión de oficinas de información, etc.), como instrumento de una forma de gobierno o “*gobernanza*” basada en la interacción comunicativa. Véase Pérez Carrillo, E.F., “La transparencia en el funcionamiento de la Unión Europea. El acceso al público a los documentos de sus instituciones y órganos”, *Revista Vasca Administración Pública*, N° 56, 2000, pp. 349-385.

⁵²⁰El objetivo del Reglamento 1049/2001 consiste “*en hacer el trabajo de las instituciones más transparente y acercar así las instituciones a los ciudadanos. La transparencia no es un objetivo en sí, sino que permite una mayor participación del público en el proceso de toma de decisiones, reforzando el carácter democrático de las instituciones y la confianza de los ciudadanos en la Administración europea. La aplicación del Reglamento ha marcado una etapa importante en el desarrollo de la política de transparencia en la Unión Europea. En efecto, en más de dos tercios de las solicitudes de acceso que han recibido, las tres instituciones han divulgado documentos aún no publicados, haciendo al mismo tiempo, directamente accesibles un número creciente de documentos. La experiencia tiende, sin embargo, a confirmar que el Reglamento ha beneficiado principalmente a los especialistas en asuntos europeos y que, por tanto, no puede considerarse como el instrumento privilegiado de información de los ciudadanos. La búsqueda de documentos no publicados de una institución comunitaria presupone, en efecto, un cierto grado de familiarización con las competencias y las actividades de la Unión. Por tanto, aún falta hacer un esfuerzo de información hacia el gran público, en un doble sentido: el ciudadano debe mantenerse mejor informado de las actividades de la Unión mediante una política activa de información, y debe ser conocedor de su derecho a obtener el acceso a los documentos de las instituciones*”.

unido otro organizativo; en general, las instituciones han sido conscientes de que no basta el reconocimiento del derecho de acceso, sino que es necesario aportar, además, medios personales y materiales y hacer una labor de difusión activa de la existencia del derecho, adaptar el lenguaje jurídico-normativo a la capacidad de comprensión del ciudadano medio – mediante guías del ciudadano, síntesis, etc.–, auxiliar a los ciudadanos en su ejercicio –poniendo todas las facilidades y admitiendo todos los medios de solicitud–, dando la mayor facilidad para el acceso –con principios como la gratuidad para las solicitudes simples o la libre elección de modalidad de acceso– y dotando al sistema de mecanismos rápidos y gratuitos de recursos. A ello se le unen los medios tecnológicos, con la creación de registros electrónicos de documentos, al servicio de la efectividad del derecho de acceso a la información y la utilización masiva de la publicidad a través de la web, que es el mecanismo hoy más utilizado de acceso a los documentos⁵²¹.

5. Conclusión

España hasta la dictación reciente de la *Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, era uno de los escasísimos países occidentales que carecía de una ley de acceso a la información pública. En realidad, hay que hacer una aclaración importante, a veces desconocida o soslayada: en España sí había una regulación específica del derecho de acceso a la información pública: el artículo 105 b)

⁵²¹En la ya casi una década se ha ido construyendo una apasionante jurisprudencia que ha interpretado y aplicado la normativa, muy en especial en los últimos años. A ello se le suma que la normativa sobre acceso a los documentos está en pleno proceso de reforma, paralizado en la actualidad por la existencia de discrepancias de entidad en cuanto al mayor o menor alcance de la misma y la mayor o menor apertura (liderada, respectivamente, por el Parlamento Europeo y los Estados nórdicos, de mayor tradición de transparencia, por una parte; y la Comisión y los países centrales, por otra). Véase Guichot, E., *Transparencia y acceso a la información en el derecho europeo*, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2011, pp. 92-104.

de la Constitución lo reconoce y el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común lo desarrollaba, eso sí, con ciertas deficiencias y lagunas ya expuestas⁵²².

En conclusión, resultaba ineludible aprobar una regulación legal de transparencia y acceso a la información. Las razones eran muy diversas. Algunas de ellas:

- Primero y ante todo, porque así lo prescribe el artículo 105 b) de la Constitución. Artículo que debe ponerse en relación, cuando menos, con los artículos 9.2 CE y 3 CE, 10 CE, 20 CE y 23 CE del propio texto constitucional. En efecto, el acceso a la información pública, además de ser en sí un derecho fundamental autónomo (artículo 105 CE), es requisito imprescindible para la efectividad del derecho de participación que reconocen los artículos 9 CE y 23.1 CE. Lo es también para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y de información (artículo 20 CE) y se trata de un derecho fundamental que debe ser interpretado de acuerdo a los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia, así como la jurisprudencia de los tribunales que los apliquen (artículo 10.2 CE)⁵²³.

⁵²²En el actual grado de evolución democrática, la exigencia de una transparencia cada vez mayor de la actuación de los poderes públicos se ha generalizado. De hecho, la práctica totalidad de países democráticos ha ido aprobando normas generales en materia de transparencia

⁵²³Ya sólo la consideración anterior es por sí sola suficiente para justificar la imperiosa necesidad de aprobar una ley de transparencia y acceso a la información. Véase Piñar Mañas, J.L., “Transparencia y protección de datos: las claves de un equilibrio necesario”, en García Macho, R. (Ed.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 85-101.

- En segundo término, porque la regulación de los artículos 35 y 37 de la Ley 30/1992 resultaba notoriamente insuficiente⁵²⁴.
- Un tercer motivo sería que la inexistencia de una ley de transparencia y acceso a la información produce como efecto no deseado que, en virtud de la Ley Orgánica de Protección de Datos –LOPD-, se restrinja notablemente el acceso a la información pública, por no existir una ley que ampare la cesión de datos en que consiste dicho acceso. En efecto, la puesta a disposición de información a quien la solicite puede suponer una cesión de datos personales prevista y regulada en el artículo 111 LOPD. Este precepto requiere que la cesión se ampare con carácter general en el consentimiento de los afectados, si bien permite la comunicación *“cuando esté autorizada en una ley”*. En consecuencia, es necesario una ley para permitir el acceso, lo cual hasta hoy reconducía al repetido artículo 37 de la Ley 30/1992 y, en su caso, a otras leyes sectoriales que pudieran ser de aplicación⁵²⁵.
- Una cuarta razón a anotar, es que el uso de nuevas tecnologías de la información por parte de las Administraciones Públicas hace posible el acopio y tratamiento de una ingente cantidad de información, mucha de ella referida a las personas, lo que exige la adopción de medidas legislativas que eviten la opacidad y el oscurantismo⁵²⁶.

⁵²⁴Véase Pomed Sánchez, L., “El acceso a los archivos administrativos: el marco jurídico y la práctica administrativa”, *Revista Administración Pública*, Nº 142, 1997, pp. 439-479.

⁵²⁵Ejemplo de ello, el acceso a la información ambiental recogida en la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

⁵²⁶Véase González Bustos, M.A., “Derecho a la información del ciudadano y las nuevas tecnologías”, en Sánchez Sánchez, Z. (Coord.), *Nuevas tecnologías, Administración y participación ciudadana*, Comares, Granada, 2010, pp. 9-29.

II. La dictación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno

1. Acerca del proceso de gestación de la Ley

En los diversos programas presentados por los partidos para las elecciones generales de 2008, el PSOE, CiU y Ciudadanos proponían la aprobación de una ley de acceso a la información, y IU una reforma de la regulación actual en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En particular, el programa del Partido Socialista en el Gobierno en las dos últimas legislaturas figuraba el compromiso de aprobar una ley de acceso a la información, que se aplicara a todos los poderes y autoridades públicas y entidades sostenidas con fondos públicos. Además, se previó la creación de una autoridad independiente elegida por el Congreso de los Diputados, por mayoría cualificada, con facultades para obligar a las Administraciones Públicas a la entrega inmediata de la información o dato solicitado y se asumió el compromiso de publicación de los presupuestos ministeriales en sus sedes electrónicas, con descripción de las partidas presupuestarias y con los datos necesarios para permitir el seguimiento de su ejecución⁵²⁷.

Mediante la resolución número 33 aprobada tras el Debate sobre el Estado de la Nación de 2010, “sobre el derecho de libre acceso a la información pública”, el Congreso de los Diputados instó al Gobierno a: “1. Presentar, en el presente año, un Proyecto de Ley de acceso a la

⁵²⁷Se añadieron previsiones respecto de la información “*activa*” al público y a los servicios de información al ciudadano. El compromiso de promover en esta legislatura la aprobación de una nueva ley “*que garantice el mayor acceso posible a la información pública en España*” fue reafirmado por el presidente del Gobierno, en la ceremonia de clausura de la 64ª asamblea de la Sociedad Interamericana de Prensa, el 7 de octubre de 2008, entre otros foros.

información pública para toda la ciudadanía de obligado cumplimiento para todos los poderes del Estado, las entidades que ejercen funciones públicas y aquellas otras que perciban fondos públicos. 2. Limitar dicho derecho de acceso en los supuestos previstos en la Constitución y los Convenios internacionales, con pleno respeto a los derechos fundamentales y mediante resolución debidamente motivada. 3. Garantizar que en dicha ley se determine un trámite para la obtención de la información sencillo, rápido y gratuito que, en caso de incumplimiento o denegación, dé derecho a un proceso eficiente de reclamación y apelación. 4. Atribuir a una autoridad independiente la garantía del derecho al libre acceso a la información pública y, en consecuencia, la competencia para resolver sobre la entrega de la información solicitada”. El movimiento conocido como 15-M, “Democracia Real Ya”, ha abanderado como una de sus reivindicaciones más señeras la necesidad de aprobación de una Ley de Transparencia y, haciéndose eco de ella, el Congreso aprobó por unanimidad el 21 de junio de 2011 una moción por la que insta al Gobierno a presentar la Ley de Transparencia antes de agosto (junto con la previsión de “aprovechar el trámite parlamentario de la ley para examinar las medidas que sean necesarias para profundizar en la democracia y la participación política, además de la transparencia y control de las instituciones democráticas”. Así, el 29 de junio el PP presentó en el Congreso una proposición de Ley de Transparencia, Acceso a la Información pública y Buen Gobierno.

Finalmente, el Gobierno aprobó el 23 de marzo de 2012 un primer Anteproyecto de *Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*⁵²⁸, y el 18 de mayo, un segundo Anteproyecto, tras someter el primero a un procedimiento de consulta pública entre los días 26 de marzo

⁵²⁸www.leydetransparencia.gob.es.

y 10 de abril⁵²⁹. Entre uno y otro, se introdujeron ligeras modificaciones como resultado de la propia iniciativa gubernamental, de algunas sugerencias recibidas a través del procedimiento de consulta pública y por otras vías de debate e influencia, desde artículos de prensa hasta jornadas de estudio, conferencias, etc., que dan cuenta de la importancia que las Administraciones, los centros de estudios e investigación, los académicos y, en fin, la sociedad, otorgan a este proyecto. El Proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, aprobado por el Consejo de Ministros el 27 de julio de 2012, se remitió a las Cortes para su tramitación parlamentaria⁵³⁰. Y, en definitiva, el martes 10 de diciembre de 2013, se publicó en el Boletín Oficial del Estado la *Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*.

Resta hacer presente, que el proceso de gestación de esta iniciativa legislativa es un buen ejemplo de cómo se puede contribuir desde abajo, desde la sociedad, a fijar las prioridades políticas y a mover a la acción a los grupos parlamentarios y al Gobierno en pos de un objetivo, la *transparencia*. Otro aspecto favorable del proceso, es que ha dejado de manifiesto

⁵²⁹Se formularon críticas desde diversos sectores a la no publicación de las sugerencias y opiniones de los ciudadanos. Posteriormente, el primer partido de la oposición, el PSOE, pidió acceso a las aportaciones ciudadanas antes de presentar enmiendas. El Gobierno le remitió un denominado “Informe sobre la consulta pública electrónica del Anteproyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno”. Se puede consultar: www.access-info.org/documents/105482716-Informe-del-Ministerio-de-Presidencia.pdf. En él se informa de que la página web: www.leydetransparencia.gob.es tuvo un total de 78.107 visitas y se recibieron un total de 3.669 observaciones a través de ella y otras 14 por registro. El perfil de los participantes fue diverso. Junto a ciudadanos individuales participaron Administraciones Públicas, asociaciones profesionales, organizaciones activas en materia de transparencia y otros colectivos.

⁵³⁰Al respecto, hay que hacer referencia a la promoción por parte del Gobierno de un grupo de expertos en la materia en el seno del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales para el estudio y formulación de propuestas a la iniciativa legislativa, sin embargo, no llegó a ser reunido de forma conclusiva para formular propuestas o trasladar valoraciones antes del envío del proyecto al Congreso de los Diputados. Asimismo, el Anteproyecto fue informado por la Agencia Española de Protección de Datos (<http://es.scribd.com/doc/105484598/Informe-de-la-Agencia-de-Protección-de-Datos-sobre-la-Ley-de-Transparencia>) y por el Consejo de Estado (<http://es.scribd.com/doc/105482040/Informe-del-Consejo-Estado-sobre-la-Ley-de-Transparencia>).

claramente que se trataba de una iniciativa en torno a la cual existía un alto grado de consenso político, mediático y social, pues, entronca con el propio concepto de construcción y profundización de una *democracia real*⁵³¹.

2. Objetivos y contenidos de la Ley

La *transparencia*, el *acceso a la información pública* y las normas de *buen gobierno* deben ser los ejes fundamentales de toda acción política. Sólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan las instituciones se podrá hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda *participación en los asuntos públicos*⁵³².

La presente Ley tiene un triple alcance: *Incrementar y reforzar la transparencia* en la actividad pública –que se articula a través de obligaciones de publicidad activa para todas las Administraciones y entidades públicas-; *reconocer y garantizar el acceso a la información* – regulado como un derecho de amplio ámbito subjetivo y objetivo-, y establecer las obligaciones de *buen gobierno* que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento -lo que se convierte en una exigencia de responsabilidad para todos los que desarrollan actividades de relevancia pública-⁵³³.

⁵³¹Véase Guichot, E., “El anteproyecto de ley de transparencia”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Nº 30, 2012, pp. 28-41.

⁵³²Los países con mayores niveles en materia de transparencia y normas de buen gobierno cuentan con instituciones más fuertes, que favorecen el crecimiento económico y el desarrollo social. En estos países, los ciudadanos pueden juzgar mejor y con más criterio la capacidad de sus responsables públicos y decidir en consecuencia.

⁵³³Véase “Preámbulo” de la *Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*.

En estas tres vertientes, la Ley supone un importante avance en la materia y establece unos estándares homologables al del resto de democracias consolidadas. Es decir, constituye un paso fundamental y necesario que se verá acompañado en el futuro con el impulso y adhesión por parte del Estado tanto a iniciativas multilaterales en este ámbito como con la firma de instrumentos internacionales ya existentes en esta materia.

Haciendo una breve y genérica referencia a los contenidos de la nueva regulación, agrupados en un conjunto de cuarenta artículos, se distinguen tres grandes partes en la Ley, que se recogen explícitamente en el propio título de la misma, esto es, una primera parte relacionada con la *Transparencia*, otra con el *Acceso a la Información Pública*, y una tercera parte relacionada con el *Buen Gobierno*. Las dos primeras están incluidas en el Título I de la Ley, y a la tercera se dedica el Título II del nuevo texto legal.

El primero de los tres ejes básicos de la Ley es, precisamente, el de la *Transparencia Activa*, a la que se dedica un conjunto de artículos que recogen toda aquella información que las instituciones públicas (y ciertas entidades privadas) van a tener que publicar de forma obligatoria. Un primer capítulo está dedicado a delimitar los sujetos que están obligados a suministrar la información, y el segundo capítulo de este primer Título se refiere a toda aquella información de carácter institucional, organizativa, económica, presupuestaria, etc. que van a tener que publicar las más de 21.400 instituciones públicas existentes en España, así como las otras entidades privadas mencionadas en la Ley. También se regula en esta primera parte el denominado *Portal de Transparencia*, que centralizará y facilitará el acceso *on-line* de los ciudadanos a toda aquella información publicada por los distintos organismos.

Por otra parte, el *Acceso a la Información Pública* se recoge en el tercer capítulo de esta Ley, y en él se regula toda aquella información que van a

poder solicitar los ciudadanos a las instituciones, así como la forma y los cauces para ejercer ese derecho y llevar a cabo las solicitudes. Asimismo, se contemplan una serie de causas de inadmisión, la forma y los plazos de las correspondientes resoluciones por parte de las instituciones públicas, así como la creación de *Unidades de Información* que permitan instrumentar el suministro de esta información a los ciudadanos.

El Título II de la Ley se refiere, por otro lado, al *Buen Gobierno*, siendo la parte de la Ley más relacionada con la prevención de la corrupción, a diferencia de las dos partes anteriores, que están referidas a la transparencia. En este Título se establecen una serie de principios que deberán regir y se deberán asumir por parte de los cargos y mandatarios públicos de cara a evitar o prevenir cualquier tipo de actuación ilegal, relacionada sobre todo con la corrupción. Se establece, por otra parte, un importante régimen de infracciones y sanciones para los casos de incumplimiento de las normas y principios recogidos en este Título, cosa que no existe en relación con los temas de transparencia recogidos en el Título I de la Ley.

Cabe reseñar, finalmente, que la Ley contiene un Título III dedicado exclusivamente al *Consejo de Transparencia y Buen Gobierno*, un nuevo organismo público que se va a ocupar de velar por el cumplimiento de las obligaciones de transparencia y de acceso a la información, así como la observancia de las disposiciones del buen gobierno.

3. La naturaleza del derecho de acceso

Sin lugar a dudas, el derecho de *acceso a la información* ha evolucionado durante las últimas décadas, impulsado por declaraciones y normativas internacionales, -sobre todo en ámbitos como por ejemplo, el medio

ambiente- debido, en gran medida, a su carácter instrumental, que permite la *participación* de los *ciudadanos* en los procesos de toma de decisiones de asuntos públicos que les pudiera interesar.

En este sentido, a nivel internacional, el avance más significativo llegó el 19 de septiembre de 2006 con el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Claude Reyes y otros vs. Chile*. Este caso, resultó de una larga historia de tentativas a tener acceso a un documento que estuvo detenido por el Estado Chileno durante los años noventa: El 6 de mayo de 1998, tres activistas ambientales, incluyendo un miembro del Parlamento chileno, presentaron una solicitud de acceso a la información ante el gobierno chileno para obtener copias de los antecedentes y controles ambientales realizados a la empresa *Trillium Corporation*, con base en Estados Unidos, que había iniciado un importante proyecto de explotación maderera en el bosque nativo de *lenga*, en la parte chilena de Tierra del Fuego, en el valle del Río Cóndor.

Tras preguntar al Estado chileno por el documento que mostraría si se había evaluado apropiadamente el posible impacto ambiental del Proyecto Río Cóndor y si se habían revisado los antecedentes de *Trillium Corporation* en cuanto a la explotación maderera sustentable tal y como exige la ley chilena. Ante la falta de información los solicitantes intentarían luego un recurso ante los tribunales chilenos, los cuales rechazaron el argumento de que se había violado el derecho a la información. Incluso los tribunales chilenos se negaron a reconocer la existencia de tal derecho. Todas las apelaciones fueron desestimadas rápidamente como “manifiestamente mal fundadas”, incluso por la Corte Suprema chilena, el 31 de julio de 1998.

Posteriormente, tras una opinión favorable de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos atendió el caso en una audiencia pública celebrada en Buenos Aires, en abril

de 2006, escuchando argumentos de la Comisión Interamericana, del gobierno chileno y de los solicitantes, así como de expertos independientes en el área de acceso a la información.

La sentencia de 19 de septiembre de 2006, dictada por la Corte, establecería por *primera vez en el ámbito internacional y con claridad absoluta la existencia de un derecho humano fundamental de acceso a la información*. En su ya célebre considerando 77 la Corte concluyó:

“En lo que respecta a los hechos del presente caso, la Corte estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea”⁵³⁴.

⁵³⁴Texto completo de la sentencia en www.corteidh.or.cr

En España, en tanto, el artículo 105.b) de la Constitución llama a la Ley a regular el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas. No se inserta en el Título I (“De los Derechos y Deberes Fundamentales”), sino en el Título IV (“Del Gobierno y de la Administración”). En su momento fue una decisión pionera la de elevar el derecho a rango constitucional, pero, actualmente, condiciona la aproximación jurídica. Por la peculiar distinción entre categorías de derechos, peculiar de la Constitución española y por la ubicación del artículo 105, el tratamiento hasta el momento, ha sido el de un “*derecho autónomo*” respecto del derecho fundamental a la libertad de información, un “*derecho de configuración legal*”, desarrollado por leyes ordinarias (ley de procedimiento administrativo, ley de reutilización de la información pública) y aplicable sólo al poder ejecutivo⁵³⁵.

Esquematizando y reduciendo a dos las principales posturas sostenidas entre la *doctrina iuspublicista*, puede decirse que un sector doctrinal considera que el derecho de acceso es una manifestación concreta del derecho a recibir información consagrado en el artículo 20.1.d) CE, de modo, que de dicho precepto deriva el correspondiente deber de la Administración de facilitar el libre acceso a la información administrativa, como imperativo del principio de publicidad y transparencia y, en directa conexión con el principio de democracia. Para otra corriente, más clásica, pudiera decirse, el derecho de acceso es un derecho constitucional autónomo de configuración legal, diferente de la libertad de información, ya que ésta sería el trasunto de

⁵³⁵En la línea de no consideración del derecho de acceso como integrante de la libertad de información se mueve también alguna jurisprudencia. Al respecto, STC 161/1988, de 20 de septiembre, que no admite parcialmente un recurso de amparo en el que se invoca el artículo 105.b) CE, si bien ha de tenerse en cuenta que, en este caso, no se alegaba la conexión de este precepto con el artículo 20.1.d) CE.

Si bien, otra jurisprudencia prefiere mantener la cuestión sin juzgar. Al respecto la STS de 29 de mayo de 2012 señala: “*aun admitiendo a efectos puramente argumentativos que los artículo 20.1.d) y 23.1 CE engloban el derecho a obtener información de los poderes públicos –algo que dista de ser evidente-...*”

la libertad de transmitir información y, por ello, impone a los poderes públicos un mero deber de abstención de interferir el proceso de comunicación entre sujetos privados, esto es, se configura como el “derecho del público a la noticia”⁵³⁶.

Al respecto, la Ley 19/2013, enlaza el derecho de acceso expresamente con el artículo 105.b) de la Constitución y no con la libertad de información (artículo 20.1.d) CE), con lo que no lo reconoce como derecho fundamental. Es decir, esta nueva regulación se pierde la oportunidad de optar por una interpretación evolutiva del derecho de acceso a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos –artículo 10.2 CE-, que lo considera como integrante de la libertad de información, que sería, en todo caso, la postura más pertinente, si se pretende extender su ámbito subjetivo a todos los poderes públicos, de cualquier ámbito territorial y dotarlo también de una mayor garantía que supone la reserva de ley orgánica y el recurso de amparo constitucional⁵³⁷. En suma, el derecho de acceso como derecho humano fundamental debiera sustentarse en el siguiente principio: *“todas las personas” tienen el derecho de acceder a “toda información” en manos de “todos los poderes del Estado” mediante un “procedimiento ‘rápido y fácil”, sin necesidad de justificar qué uso se le dará a la misma”*.

Desde un punto de vista sociológico, en los tiempos que corren, existe un clamor en favor de la *transparencia y el acceso a la información*, por eso, el tratamiento de este derecho como un derecho de “segundo rango”, parece situarse fuera de la concepción social y, además, que se trataría de un derecho más desprotegido frente a otros que sí se han reconocido como

⁵³⁶Véase Soto Lostal, S., El derecho de acceso a la información: El Estado social y el buen gobierno, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 47 y ss.

⁵³⁷El *derecho de acceso a la información pública como un derecho fundamental* directamente relacionado con la libertad de información (artículo 20.1.d) CE), con el derecho fundamental a participar en los asuntos públicos (artículo 23.1 CE), con el principio de participación (artículo 9.2 CE) y con los principios básicos de la forma de Estado constitucionalizada, el Estado social y democrático de Derecho (artículo 1 CE), y con ello, haberle dotado de las garantías propias de éstos derechos.

fundamentales, en particular, frente al derecho a la intimidad y a la protección de datos personales⁵³⁸, por tanto, hará que prime éste sobre la transparencia en los casos de conflictos.⁵³⁹

En síntesis, ante la insuficiencia de la faceta defensiva del derecho, la capacidad de sus titulares para adquirir elementos de conocimiento o de juicio que puedan ser convenientes para *participar* integrando diversos y múltiples *intereses legítimos supraindividuales* en el marco de toma de decisiones públicas que afectan a una pluralidad de individuos, resulta, por cierto, menoscabada⁵⁴⁰.

4. Los sujetos titulares

La regulación del *sujeto activo* del derecho de acceso a la información en la Ley 19/2013 sigue la tendencia casi unánime en el Derecho comparado y contemplada en el Convenio 205, al reconocer este derecho a “*todas las personas*”⁵⁴¹. Efectivamente, el derecho de acceso a la información corresponde ahora a “*todos*”, tal y como se establece en el artículo 12 de la Ley. El titular del derecho es el público en general, entendiéndose por

⁵³⁸El Informe de la Agencia Española de Protección de Datos se lee: “*No debe olvidarse en este punto que el derecho fundamental a la protección de datos aparece reconocido expresamente por la Sección Segunda del Capítulo I del Título I de la Constitución, mientras que el derecho de acceso a la información pública, aun siendo una garantía esencial en el funcionamiento del Estado democrático, no parece incluido en el catálogo de derechos fundamentales y libertades públicas recogido en la Constitución*”. En efecto, el propio informe trasluce una concepción restrictiva y, en ocasiones, errónea de la transparencia en relación a la protección de datos.

⁵³⁹La reivindicación de la consideración del derecho de acceso como *derecho fundamental* ha sido, probablemente, la más reiterada entre los grupos pro acceso, la prensa y en la consulta pública (como se reconoce en el “*Informe sobre la consulta pública electrónica del Anteproyecto*”, elaborado por el propio Ministerio de la Presidencia), así como de expertos como el informe de la Oficina del Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE).

⁵⁴⁰Parece incuestionable, que poca información hay más relevante para la creación de una opinión informada, a cuyo servicio está la libertad de información, que, precisamente, la que obra en manos de los poderes públicos. Véase Jiménez Asensio, R., “El proyecto de ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno: impacto sobre los gobiernos locales”, en www.estudioconsultoria.com.

⁵⁴¹Y ello a pesar de que el artículo 105 CE habla de los “ciudadanos”.

“público”: cualquier persona física o jurídica, así como sus asociaciones, organizaciones y grupos constituidos con arreglo a la normativa que les sea de aplicación, cualquiera sea su nacionalidad, domicilio o sede, y sin necesidad de acreditar un interés determinado.

Es importante, en esta materia, que se reconozca el derecho de acceso no sólo a las personas físicas, sino también a las jurídicas, dado que la participación ciudadana en los asuntos públicos se articula, principalmente, a través de asociaciones y organizaciones portadoras de intereses supraindividuales (participación colectiva). Se plantea, sin embargo, si también pueden contemplarse como sujeto activo de tal derecho las personas jurídico-públicas. La doctrina –al analizar el derecho de acceso regulado en los artículos 35 y 37 de la Ley 30/1992–, considera que debe distinguirse entre aquellos supuestos en que una Administración solicite información para propiciar o facilitar el ejercicio de sus propias competencias como poder público; y aquellos otros en que la pretensión a ejercitar estuviera en relación con el ejercicio de las competencias de la Administración poseedora de los archivos frente a la que la Administración actora ha tenido o podrá tener una actuación similar a la de un particular⁵⁴². En tanto que en el primer caso debería estarse al deber general de colaboración que existe entre todas las Administraciones Públicas, en el segundo, las Administraciones Públicas serían titulares del derecho de acceso a la información⁵⁴³.

⁵⁴²Véase Embid Irujo, A., “El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos”, en Leguina, J. y Sánchez Morón, M. (Dirs), *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 110-111.

⁵⁴³A nivel jurisprudencial, algunas sentencias han reconocido el derecho de acceso a la información de los municipios. Así, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 350/2000, de 19 de abril, admite que las Administraciones Públicas puedan ejercer el derecho de acceso a la información ambiental. En particular, considera improcedente la denegación de información en materia ambiental y de la copia solicitada por parte de varios entes locales a la entonces Junta de Residuos del Departamento de medio Ambiente de la Administración de la Generalitat de Catalunya –hoy Agencia de Residuos de Cataluña–, en relación con una autorización en materia de residuos industriales con declaración de impacto ambiental.

Con relación al sujeto activo, también debe destacarse la no obligación de declarar un *interés determinado*, lo cual evita importantes restricciones al derecho de acceso, ampliándose considerablemente las posibilidades de su ejercicio desde un punto de vista subjetivo, y manifiesta el fundamento del derecho como medio de fomentar la *participación ciudadana* en los procesos de toma de decisiones públicas y el *control* del poder público, y no como instrumento para la tutela de derecho o intereses individuales. Resulta innecesario, en consecuencia, motivar por qué se solicita la información lo que entronca con la propia naturaleza del derecho, privando de sentido a un requisito de nacionalidad o residencia⁵⁴⁴.

5. Los sujetos obligados

Determinado el sujeto activo del derecho de acceso a la información pública, el paso siguiente será examinar quiénes son los *sujetos pasivos* de este derecho, esto es, qué sujetos tendrán la obligación de facilitar el acceso a la información. A este respecto, el Convenio 205 extiende su ámbito subjetivo de aplicación a las autoridades administrativas, incluidos los gobiernos, los órganos legislativos y judiciales en la medida en que llevan a cabo funciones administrativas⁵⁴⁵. La nueva Ley, en sintonía con el Derecho

En una línea similar, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 1293/2005, de 3 de octubre, reconoce la cualidad de interesado a una Corporación local, así como su capacidad para ejercer el derecho de acceso a archivos y registros administrativos (regulado en la CE y en los artículos 35 h) y 37 de la Ley 30/92) y el derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente, en la medida que actúa como un particular o mero ciudadano ante la Administración General del Estado y sólo pretende, a través de medios técnicos propios, acceder a las obras de una presa y obtener información en relación con la misma, dada la alarma social entre sus habitantes y dada la situación de los municipios que acoge y de sus bienes municipales, así como los bajos coeficientes de seguridad de llenado de la presa y las posibles consecuencias catastróficas que pudiera tener la presa sobre ellos.

⁵⁴⁴La Ley 19/2013 presenta las condiciones para haber admitido las *solicitudes de acceso anónimas*, pero esta previsión que tiende a la *universalización del derecho* no fue incluida en el texto legal ni tampoco en su proyecto o anteproyectos.

⁵⁴⁵En el derecho de los Estados europeos, las normas sobre derecho de acceso divergen en este punto, si bien la solución mayoritaria limita la aplicación de las leyes sobre acceso a la información al poder ejecutivo, y no se extienden al poder judicial ni al legislativo, salvo en el ejercicio de funciones

internacional, regula la transparencia y el acceso a la *información administrativa* y no la legislativa y judicial, lo que ha generado críticas por parte de diversas instituciones y organizaciones no gubernamentales, que buscan ampliar considerablemente el catálogo de sujetos obligados a suministrar información a fin de ejercer el derecho de acceso sobre toda función pública incluida la legislativa y la judicial. Es el mismo carácter de derecho fundamental lo que justifica que su aplicación se extienda a todos los poderes del Estado, puesto que todos ellos deben asegurar el respeto de todos los derechos fundamentales en el conjunto de su actividad. No puede eximirse a un poder en concreto de la obligación de respetar un derecho de estas características⁵⁴⁶.

El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley, recogido en su Capítulo I, (artículos 2 y 3), incluye a todas las Administraciones Públicas y sus entidades instrumentales, también las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social, organismos autónomos, agencias estatales, entidades públicas empresariales y entidades de Derecho Público, en la

materialmente administrativas. En estos casos, son sus normas reguladoras específicas las que prevén las formas de publicidad de sus actuaciones. Entre los que lo limitan al poder ejecutivo y a sujetos privados que ejercen funciones propias del mismo, en unos casos los constriñen a entes de derecho público (Grecia), y en otros, la opción mayoritaria, incluyen a sujetos privados que ejercen funciones administrativas (Alemania, Eslovaquia, Estonia, Finlandia, Francia, Hungría, Irlanda, Italia, Lituania, Polonia, Portugal, Suecia o Suiza) o financiados con fondos públicos (República Checa y Estonia; en Dinamarca, su aplicación a los sujetos que reciben fondos públicos depende del ministerio financiador en cuestión), e incluso, en algunos casos, a los partidos políticos (Lituania, Polonia), sindicatos (Lituania), bancos (Finlandia) u organizaciones no gubernamentales que reciben apoyo del Estado (Estonia). Una minoría de Estados han optado por un sistema de lista, susceptible de ampliación, que incluye entes del poder ejecutivo o con él relacionados (Irlanda, Eslovenia, Reino Unido). En Reino Unido se incluye el Parlamento, si bien existe una excepción relacionada con el secreto de los llamados *Parliamentary privileges*. En Suecia y Hungría se aplica a todos los poderes públicos. En el Derecho comunitario, el artículo 15 TFUE extendió el ámbito subjetivo a los documentos “de las instituciones, órganos y organismos de la Unión” y precisó que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Banco Central Europeo y el Banco Europeo de Inversiones solo están obligados cuando ejerzan funciones administrativas. Véase Guichot, E., “Derecho de acceso a la información: experiencias regionales y estatales en Europa y América”, *Derecho Comparado de la Información*, Nº 19, 2012, pp.135-188.

⁵⁴⁶¿Entenderíamos que el derecho a la igualdad sólo debiera respetarse por el poder ejecutivo y no así por el legislativo o el judicial? Véase Moraga Guerrero, E., “Sobre la necesidad de una ley española de acceso a la información pública”, en Sánchez de Diego Fernández de la Riva, M., *El derecho de acceso a la información pública*, Actas del Seminario Internacional Complutense, Madrid, 2007, pp. 152-157.

medida en que tengan atribuidas funciones de regulación o control sobre un determinado sector o actividad, así como a las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, incluidas las Universidades públicas. En relación con sus actividades sujetas a Derecho Administrativo, la Ley se aplica también a las Corporaciones de Derecho, la Casa de Su Majestad el Rey, Congreso de los Diputados, al Senado, al Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, así como al Banco de España⁵⁴⁷, Consejo de Estado, Defensor del Pueblo, Tribunal de Cuentas, Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas⁵⁴⁸.

Por su parte, la Ley amplía el radio de aplicación a las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación directa o indirecta de las entidades mencionadas sea superior al cincuenta por ciento, a las fundaciones del sector público y a las asociaciones constituidas por las Administraciones, organismos y entidades a las que se ha hecho referencia. Asimismo, se amplía la aplicación de la Ley a los *partidos políticos, organizaciones sindicales y organizaciones empresariales*⁵⁴⁹ y a todas las entidades privadas que perciban durante el período de un año ayudas o subvenciones públicas en una cuantía superior a 100.000 euros o cuando al menos el 40% del total de sus ingresos anuales tengan carácter de ayuda a subvención pública, siempre que alcancen como mínimo la cantidad de 5.000

⁵⁴⁷Los Anteproyectos y el Proyecto de la Ley aprobado por el Consejo de Ministros no incluían a la Casa de Su Majestad el Rey ni al Banco de España.

⁵⁴⁸El *derecho de acceso* se aplica sobre las Administraciones Públicas en toda su extensión, pero cuando se trata de órganos constitucionales, la transparencia sólo alcanza a sus actividades sujetas a Derecho Administrativo, quedando fuera de aplicación el contenido de sus funciones o actividades referidas a “personal, bienes o contratación”, esto es, que quedarán fuera del conocimiento público la información sobre estas materias cuando se encuentren bajo un régimen de Derecho civil, mercantil o laboral.

⁵⁴⁹La Ley, si bien incluye a los partidos políticos, organizaciones sindicales y organizaciones empresariales, deja fuera de su aplicación a las entidades vinculadas o dependientes de las mismas (fundaciones, sociedades mercantiles, etc.). En el “*Informe sobre la consulta pública electrónica del Anteproyecto*” del Ministerio de la Presidencia se apunta que las observaciones formuladas pretenden principalmente la inclusión de todos los receptores de fondos públicos, incluidos sindicatos y ONGs.

euros⁵⁵⁰. Por último, las personas físicas y jurídicas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas también están obligadas a suministrar a la Administración, organismo o entidad a la que se encuentren vinculadas, previo requerimiento, toda la información necesaria para el cumplimiento de las obligaciones de esta Ley. Esta obligación es igualmente aplicable a los adjudicatarios de contratos del sector público en los términos previstos en el respectivo contrato⁵⁵¹.

6. La publicidad activa

En este sentido, la nueva Ley de acceso a la información prevé dos formas generales para obtener la información que obre en poder de los sujetos obligados: la *publicidad activa* de la información y la *difusión pasiva*. La publicidad activa sería el derecho a recibir información relevante por parte de los sujetos obligados por la Ley. En el segundo caso, la difusión pasiva, el

⁵⁵⁰Los Anteproyectos y el Proyecto de Ley aprobado por el Consejo de Ministros no incluían a los partidos políticos, organizaciones sindicales, organizaciones empresariales, entidades privadas que reciban subvenciones públicas, exclusión que generó críticas en diversos medios (doctrinales, periodísticos, ONGs, etc.), máxime en un contexto de escándalos de financiación ilegales que han asolado al país y llevado la credibilidad de los políticos en la percepción de los ciudadanos a su mínimo histórico.

En palabras del Consejo de Estado: “*Junto a las observaciones anteriores, ha de realizarse una última reflexión en relación con el ámbito subjetivo de aplicación del Título I del anteproyecto. No se ha incluido en él ni a los partidos políticos ni a los sindicatos, opción ésta que, desde el punto de vista de la técnica, el Consejo de Estado considera objetable, habida cuenta de que estas entidades no participan de la misma naturaleza que el resto de los sujetos mencionados en el artículo 2. Ello no obstante, sí se considera oportuno incluir en el anteproyecto alguna referencia expresa a ellos y a la necesidad de hacer extensivo a su ámbito de actuación el principio de transparencia, especialmente, en lo relativo a los fondos públicos que perciben y al uso que de tales fondos realizan, debiendo articular adecuadamente la previsión que a este respecto se introduzca en el anteproyecto con las contenidas en la regulación aplicable a la financiación de partidos políticos y sindicatos*”.

⁵⁵¹En palabras del Consejo de Estado: “*debería valorarse la conveniencia de modificar el inciso final de este apartado, que, en el caso concreto de los adjudicatarios de contratos del sector público, remite la determinación del contenido y la extensión de esta obligación a lo que disponga el respectivo contrato. Una previsión de estas características permitiría dejar a la voluntad de las partes la regulación concreta de esta obligación, pudiendo llegar a quedar desplazadas las entidades, organismos y órganos que, a los efectos del anteproyecto, tienen la consideración de Administraciones Públicas*”.

derecho consiste en buscar y obtener información que esté en poder de dichos sujetos⁵⁵².

La Ley 19/2013 (artículos 5-11) prevé la publicidad activa por parte de los obligados (excluyendo los sujetos privados mencionados) de la información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de la actividad que esté relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública⁵⁵³. La segunda redacción del Anteproyecto añadió que la publicidad debe hacerse en las correspondientes sedes electrónicas o páginas web de manera clara, estructurada y entendible para los interesados, además, preferiblemente, en *formatos reutilizables* –este último agregado fue realizado en la tramitación parlamentaria de la Ley-, para lo que deben establecerse mecanismos adecuados para facilitar la accesibilidad, la interoperabilidad, la calidad y la reutilización de la información publicada así como su identificación y localización⁵⁵⁴.

Asimismo, se introdujo al texto legal, que toda la información debe ser *comprensible, de acceso fácil y gratuito* y estará a disposición de las *personas con discapacidad* en una modalidad accesible⁵⁵⁵. Para ello, en el

⁵⁵²Las leyes de transparencia y acceso a la información existentes en otros países se han ido adaptando a la sociedad digital de la información del nuevo milenio, dando el salto cualitativo de la publicidad pasiva a la publicidad activa, y estableciendo disposiciones todo lo precisas posible que obliguen a poner a disposición de todos los ciudadanos en internet la principal información que les facilite la posibilidad de *participar en los asuntos públicos, controlar y contribuir a una gestión pública más eficiente y transparente*. Ahora bien, buena parte de esta información ya es objeto de publicidad oficial (como ocurre con determinados actos en materia de empleo público, contratos, subvenciones, etc.). Se trata, sobre todo, de centralizarla y ponerla en formatos que permitan su fácil localización y, en su caso, su posterior tratamiento y reutilización.

⁵⁵³En la publicidad activa juegan los mismos límites generales al derecho de acceso y, en particular, el derivado de la protección de datos. Asimismo, la Ley prevé en su artículo 5.2 lo siguiente: “*las obligaciones de transparencia contenidas en este capítulo se entienden sin perjuicio de la aplicación de la normativa correspondiente o de otras disposiciones específicas que prevean un régimen más amplio en materia de publicidad*” (por ejemplo, en materia de medio ambiente).

⁵⁵⁴Estos añadidos, conectan a su vez, con las iniciativas *open data* en que España se ha comprometido. Véase los compromisos de España –*Plan de Acción España en Gobierno Abierto*– incorporados en su plan de acción, las metas e hitos identificables dentro de los mismos, así como una serie de criterios propuestos de éxito en el logro de dichas metas e hitos: www.opengovpartnership.org.

⁵⁵⁵Sin embargo, no se ha hecho mención del plazo de publicación y el tiempo en que la información ha de estar disponible, tal como se había sugerido en la consulta pública. Véase Guchot, E., “El

ámbito de la Administración General del Estado se crea un *Portal de la Transparencia*, dependiente del Ministerio de la Presidencia, que facilite el acceso de los ciudadanos a la información e incluya aquella que se solicite⁵⁵⁶.

La Ley establece obligaciones concretas de publicidad activa de forma muy detallada (artículos 6, 7 y 8):

a) Entre la información institucional, organizativa y de planificación se encuentra la relativa a las funciones que desarrollan los sujetos obligados, normativa aplicable y estructura organizativa, incluyendo un organigrama actualizado que identifique a los responsables de los diferentes órganos con su perfil y trayectoria profesional⁵⁵⁷; las Administraciones Públicas publicarán los planes y programas anuales y plurianuales, incluyendo objetivos concretos, actividades, medios y tiempo previsto para su ejecución, con evaluación y publicación periódica junto con los indicadores de medida y valoración.

b) Entre la información de relevancia jurídica, las directrices, instrucciones, acuerdos, circulares o respuestas a consultas planteadas por los particulares u otros órganos en la medida en que supongan una interpretación del Derecho o tengan efectos jurídicos; además, los Anteproyectos de Ley y los proyectos de Decretos Legislativos cuya iniciativa les corresponda, cuando se soliciten los dictámenes a los órganos consultivos correspondientes (en el

anteproyecto de ley de transparencia”, *El Cronista del Estado Social y Democrático*, N° 30, 2012, pp. 28-41.

⁵⁵⁶Todas las Administraciones pueden adoptar además medidas complementarias y de colaboración para el cumplimiento de estas obligaciones. En este sentido, puede pensarse en la prestación de soporte por las Comunidades Autónomas o las Diputaciones de los Municipios, o en una red de enlaces que faciliten al ciudadano localizar la información.

⁵⁵⁷En la consulta pública, se sugirió, además, la publicación de la identificación de los responsables de todas las unidades que forman parte del organigrama de los sujetos obligados y los *currículo vitae* de los altos cargos – finalmente, se agregó al texto final de la ley- y la publicación de sus agendas de reuniones y actividades. Asimismo, la coalición pro acceso ha sugerido la publicación del patrimonio de cada organismo público.

caso en que no sea preceptivo ningún dictamen la publicación se realizará en el momento de su aprobación); y proyectos de reglamentos cuya iniciativa les corresponda (cuando sea preceptiva la solicitud de dictámenes, la publicación se producirá una vez que estos hayan sido solicitados a los órganos consultivos correspondientes sin que ello suponga, necesariamente, la apertura de un trámite de audiencia pública); así como las memorias e informes que integren los expedientes de elaboración de los textos normativos, en particular, la memoria del análisis normativo regulada por el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio; y los documentos que, conforme a la legislación sectorial vigente, deban ser sometidos a un período de información pública durante su tramitación.

En este punto, es cuestionable el momento en que han de someterse a publicidad esto los proyectos normativos indicados en la Ley, que está en función de que estén sometidos o no a dictamen preceptivo previo. De ser así, la publicación se prevé *“cuando se soliciten los dictámenes”* (en el caso de los anteproyectos de ley y de decretos legislativos) o *“una vez que éstos hayan sido solicitados”* *“sin que ello suponga necesariamente la apertura de un trámite de audiencia pública”*, en el caso de los reglamentos. De no estar sujetos a dictamen preceptivo, la publicidad de los proyectos de ley y decreto legislativo *“se realizará en el momento de su aprobación”* y queda sin determinar para los proyectos de reglamentos. Se puede advertir, el momento (tardío) elegido desconecta la publicidad a un aumento de las posibilidades de participación ciudadana en el procedimiento normativo. En el caso de las memorias e informes y de los documentos sometidos a información pública no se prevé el momento de publicación.

c) Finalmente, se ha previsto la publicidad en materia económico-presupuestaria. Incluye todos (y no sólo los sometidos a publicidad oficial) los

contratos⁵⁵⁸, con indicación del objeto, duración, importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato, las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos y los datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público.

Asimismo, la publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente y de forma agregada. Como es sabido, los contratos menores son objeto de adjudicación directa y, precisamente, por ello, son los que han generado mayor opacidad, fraude y corrupción, con prácticas que buscan eludir la publicidad y concurrencia⁵⁵⁹.

La relación de los convenios suscritos (no sólo los interadministrativos), con mención de las partes, su objeto, plazo de duración, modificaciones realizadas, obligados a la realización de las prestaciones y, en su caso, las obligaciones económicas convenidas. Igualmente, se publicarán las encomiendas de gestión que se firmen, con indicación de su objeto, presupuesto, obligaciones económicas y las subcontrataciones que se realicen con mención de los adjudicatarios, procedimiento seguido para la adjudicación e importe de la misma.

Todas las subvenciones y ayudas públicas concedidas con indicación de su importe, objetivo o finalidad y beneficiarios. También se incluyen en la Ley, los presupuestos, con descripción de las principales partidas presupuestarias e información actualizada y comprensible sobre su estado

⁵⁵⁸El Proyecto de la Ley hablaba de contratos “formalizados”, pero esta expresión pudiera interpretarse como exclusión de los contratos en que no hay una formalización procedimentalizada, lo que sería erróneo. El texto de la ley, finalmente, excluyó dicha mención.

⁵⁵⁹Véase Garrigues, W., Lizcano Álvarez, J., Villoria Mendieta, M. Sánchez Lambás, J., “La Ley de Transparencia sólo el primer paso”, *el diario El País*, de 29 de marzo de 2012.

de ejecución y sobre el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas. A su vez, las cuentas anuales que deban rendirse y los informes de auditoría de cuentas y los de fiscalización por parte de los órganos de control externo que sobre ellos se emitan.

De igual forma, las retribuciones percibidas por los altos cargos y máximos responsables de las entidades incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley. Igualmente, se harán públicas las indemnizaciones percibidas, en su caso, con ocasión del abandono del cargo. Las resoluciones de autorización o de reconocimiento de compatibilidad que afecten a los empleados públicos así como las que autoricen el ejercicio de actividad privada al cese de los altos cargos de la Administración General del Estado o asimilados según la normativa autonómica o local⁵⁶⁰.

Se publicará también la información estadística necesaria para valorar el grado de cumplimiento y calidad de los servicios públicos que sean de su competencia, en los términos que defina cada Administración competente. Las declaraciones anuales de bienes y actividades de los representantes locales, en los términos previstos en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. En lo que respecta a los sujetos mencionados en su artículo 3, estos son, los partidos políticos, organizaciones sindicales, organizaciones empresariales y entidades privadas establecida en la propia Ley deberán publicar la información de los convenios y contratos (letras a y b artículo 8 de la Ley) cuando ellos sean celebrados con una Administración Pública. De igual forma, habrán de publicar la información relativa a las subvenciones y ayudas públicas que reciban (letra c del artículo 8) cuando el órgano concedente sea una

⁵⁶⁰La redacción plantea el problema de que muchas de las entidades sujetas a la norma no acogen el concepto de “*altos cargos*” (entre otras muchas, las Universidades Públicas), lo que precisará de una tarea de interpretación. En la consulta pública se sugirió la publicación de todas las retribuciones de funcionarios públicos.

Administración Pública. Finalmente, las Administraciones Públicas publicarán la relación de los bienes inmuebles que sean de su propiedad o sobre los que ostenten algún derecho real.

Estas obligaciones en materia de publicidad que la Ley impone a los distintos sujetos pasivos, -reguladas entre los artículos 5 a 11 de la normativa-, constituyen *mandatos* muy importantes, pues, el ciudadano no sólo tiene derecho a estar informado sobre sus deberes y cómo cumplir con los mismos, o sobre los servicios que puede recibir desde la Administración, o a conocer el estado de un determinado procedimiento en el que sea parte. También tiene *derecho a acceder a cualquier otro tipo de información* que se encuentre en poder de las Administraciones Públicas, que le ayude a formarse una opinión informada sobre cómo se lleva a cabo por sus gobernantes la toma de decisiones que, directa o indirectamente, le afecten a él de manera particular o a la sociedad en general. Tiene derecho a conocer qué datos, información, criterios y factores se tienen en consideración en los procesos de adopción de resoluciones. Ésta es la única vía posible para una *participación activa e informada*⁵⁶¹.

7. El objeto del derecho de acceso

El artículo 12 de la presente Ley 19/2013 reconoce a todos el derecho de acceder a la *información pública* que obre en poder de alguno de los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones. Este derecho de acceso se reconoce, pues, en relación con la información pública, concepto de gran importancia en orden a determinar el alcance efectivo de tal derecho.

⁵⁶¹Este derecho es, en consecuencia, herramienta indispensable para poder llevar a cabo tareas de fiscalización y control de la actuación de nuestros cargos políticos y nuestras Administraciones.

A este respecto, en el Derecho comparado (incluido el propio Convenio 205) el derecho de acceso se refiere mayoritariamente al concepto acuñado por la archivística de *“documento”*. La noción de documento es amplísima, extendiéndose a todo contenido cualquiera que sea su soporte. Otra opción regulatoria minoritaria, es la que fundamenta el sistema sobre el concepto de *“información”*. Ambas tienen sus pros y sus contras. En el primer caso, en un mundo caracterizado por la digitalización en bases de datos, el concepto de *“documento”* ha debido ampliarse para comprender los documentos que pueden elaborarse (aunque no existan previamente como tales) a partir de la información en ellas contenida. Por su parte, optar por el concepto de *“información”* obliga a un movimiento a la inversa, de acotamiento, para excluir un derecho a la redacción de documentos *“a la carta”*⁵⁶².

El Proyecto de la Ley, en su redacción inicial, había optado por el concepto *“información”*, que en su segunda redacción fue definido como *“los contenidos o documentos”* que obren en poder de los sujetos obligados y hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones públicas⁵⁶³. El texto final de la Ley, además, agregó al concepto de información pública: *“cualquiera que sea su formato o soporte”*.

Esta definición de información pública recogida en la Ley, como puede comprobarse a simple vista, es muy amplia y, ello es así, tanto desde la perspectiva de la forma en que puede manifestarse esta información: *“cualquiera sea su formato o soporte”*, como de su propio objeto: *“los*

⁵⁶²Véase Guichot, E., “El proyecto de Ley de transparencia y acceso a la información pública y el margen de actuación de las Comunidades Autónomas”, *Revista Andaluza Administración Pública*, N° 84, 2012, pp. 89-134.

⁵⁶³Puede verse en esto una respuesta a las inquietudes planteadas por el colectivo de archiveros de la función pública, acostumbrados a la noción acuñada en la archivística de *documento*, definido en algunas leyes de archivo, argumentando en ello que la desaparición de esta noción en el primer Anteproyecto podría utilizarse como un apoyo para privar al solicitante del acceso al documento mismo o a una copia del mismo. Comentarios al borrador del Anteproyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, de la Asociación de Archiveros Españoles de la Función Pública: <http://www.aefp.org.es>.

contenidos o documentos que obren en poder de alguno de los sujetos obligados”. En efecto, es irrelevante la forma o formato de la información para reflejar el verdadero objeto del derecho, constituido por la información pública independientemente de su soporte y no limitado a expedientes, registros o procedimientos.

En cuanto al objeto sobre el que recae el derecho, se utiliza una fórmula muy extensa, que comprende cualquier información, esto es, “*contenido o documento*”. Esta amplitud en el concepto de información se encuentra avalado en el ordenamiento, pues, la *participación de los ciudadanos* en los asuntos que les afecten o pudieran afectar es uno de los fundamentos del orden jurídico y político, singularmente, *la participación de las asociaciones, colectivos y plataformas cívicas que asumen como propios intereses supraindividuales dignos de toda consideración (participación colectiva)*.

A pesar de la amplitud del concepto de información pública, tampoco puede olvidarse que la propia Ley recoge una serie de excepciones a la obligación de facilitar información, que pueden limitar el acceso a determinadas informaciones y en cuya interpretación y aplicación se juega la efectividad y el alcance real del derecho de acceso a la información.

En efecto, la Ley ha establecido una cortapisa ante la posibilidad de solicitudes genéricas, y al respecto estipula que se exceptúan del derecho de acceso a la información para cuya divulgación “sea necesaria una acción previa de reelaboración”, concepto éste cuya interpretación más o menos amplia va a ser uno de los elementos nucleares de la aplicación de la Ley, - será fácil para la autoridad interesada en la opacidad de la información apreciar la necesidad de una reelaboración de ella-.

Además, se excluyen las solicitudes que se refieran a información que esté “en curso de elaboración o de publicación general” y la que tenga carácter auxiliar o de apoyo “como la contenida en notas, borradores,

opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas”. Como puede apreciarse, estas exclusiones pudieran ser criticables, pues el conocimiento de tal información, en muchas ocasiones, resulta imprescindible para entender el proceso de la toma de decisiones y, por supuesto, para garantizar la *transparencia, la participación y la rendición de cuentas*⁵⁶⁴.

Por otra parte, es preciso referirse a las *características* que debe tener la *información pública* disponible para el público. Puede suceder y, de hecho, parece bastante común que suceda que la información sustantiva que se facilita a los ciudadanos esté formulada en un lenguaje técnico difícilmente accesible para la mayor parte de la población. En este sentido, poco ayuda facilitar la información al ciudadano si ésta no resulta comprensible. Debido a ello, a pesar de disponer realmente de ella, es improbable que el ciudadano medio pueda hacer uso de dicha información para *participar* de manera eficaz en los asuntos que sean de su interés. Por ello, no es suficiente, por decirlo de algún modo, que la Administración informe apropiadamente a los ciudadanos, sino que debe resolverse también, de alguna manera, la cuestión de la codificación de la información sustantiva puesta a disposición del público, ya que, en caso contrario, a pesar de tener conocimiento de su posibilidad de participar en un procedimiento de toma de decisión concreto, el ciudadano medio se ve impedido de poder hacerlo con cierto margen de efectividad, pues, no dispone del conocimiento apropiado de las cuestiones materiales relativas al procedimiento que le afecta, lo que le condena a una cierta inferioridad en relación con los actores del proceso mejor informados en relación con este aspecto⁵⁶⁵.

⁵⁶⁴Véase Villoria Mendieta, M. “Transparencia y valor de la transparencia. Marco conceptual”, en *La Transparencia en los gobiernos locales: una apuesta de futuro*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Publicación digital, 2012, pp. 7-27.

⁵⁶⁵Véase Greppi, A., “Contra la falsa transparencia. Genealogías y consecuencias en la esfera pública”, en *Teoría Política, Nuova Serie, Annali III*, 2013, pp. 115-137.

En definitiva, la insuficiencia de conocimiento técnico acostumbra a presentarse como una barrera infranqueable para el ciudadano común a la hora de hacer usos de los mecanismos de participación realmente existentes en el ordenamiento jurídico. *Las asociaciones y organizaciones portadoras de intereses supraindividuales* pueden actuar como elementos reequilibrantes en el marco de la relación desigual, desde el punto de vista de la preparación técnica de los ciudadanos comunes en el desciframiento e interpretación de la información⁵⁶⁶.

Por este motivo, los derechos constitucionales asociados a la participación en la toma de decisiones –singularmente, los artículos 1.1 CE, 9.2 CE, 23.1 CE y 105 CE- exigen la toma en consideración de las cuestiones relativas a la información y, en consecuencia, la necesidad de articular mecanismos, en el plano legislativo, que permitan que, efectivamente, el ciudadano -sea individualmente o a través de sus asociaciones u organizaciones- disponga de un *grado de información suficiente* como para poder actuar en el ejercicio de los derechos que la Constitución le reconoce en este ámbito.

En relación con esto, la Ley en estudio señala a la hora de regular los principios generales de la publicidad activa que la información se publicará de una manera *clara, estructurada y entendible* para los interesados y, preferiblemente, en formatos reutilizables, estableciéndose los mecanismos adecuados para facilitar la accesibilidad, la interoperabilidad, la calidad y la reutilización así como su identificación y localización. En relación con la información a la que el ciudadano pueda acceder mediante solicitud, en

⁵⁶⁶De todos modos, el papel de estas organizaciones, desde el punto de vista del reequilibrio en la representación de los intereses en presencia, no debería ocultar que el ciudadano común pueda tener su propia opinión en cuanto afectado, en el marco de un procedimiento concreto de toma de decisión. Véase Jaria i Manzano, J., “El fundamento constitucional de los derechos de participación en materia de medio ambiente y su desarrollo en la Ley 27/2006”, en Pigrau Solé, A. (Dir.), *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus*, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 119-147.

cambio, pareciera que tal información se va a dispensar en bruto, esto es, sin ningún filtro que facilite su comprensión por parte de los solicitantes, pues no contempla la Ley ninguna regulación que contemple un esfuerzo por asegurar la comprensión por parte de los ciudadanos de la información solicitada⁵⁶⁷.

8. Limitaciones

El derecho de acceso a la información pública está sujeto a una serie de *límites y excepciones*. La regulación de las excepciones a la obligación de facilitar la información supone una *garantía*, ya que la denegación no opera automáticamente, sino que la autoridad deberá ponderar en cada caso los intereses públicos en presencia y justificar la negativa a suministrar la información solicitada. Se impone por ello, una interpretación restringida de los motivos de denegación, debiendo ponderarse en cada caso concreto “el interés público atendido con la divulgación de una información con el interés atendido con su denegación”. El acceso a la información solicitada deberá concederse si, tras sopesar los intereses en juego, el interés público prevalece sobre el interés protegido por la no revelación. Esta interpretación restrictiva de los motivos de denegación o excepción es fundamental en aras a garantizar la efectividad del derecho de acceso de la información y sus objetivos en la práctica, máxime teniendo en cuenta los excesos y las interpretaciones erróneas en que han incurrido en muchas ocasiones las Administraciones Públicas durante la vigencia de la Ley 30/1992 (artículos 35 y 37).

⁵⁶⁷El artículo 21 de la Ley contempla las llamadas *Unidades de información* que recabarán y darán trámites a las solicitudes de acceso, pero nada se menciona en cuanto a las características que debe tener la información pública que se difunde.

Las excepciones tampoco son obligatorias, sino que se recogen en términos de posibilidad, de manera *potestativa*: “el derecho de acceso *podrá* ser limitado”. Nada impide tampoco que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de su competencia para dictar normas adicionales de protección de derecho de acceso, puedan reducir su ámbito de aplicación.

Se trata, además, de excepciones *tasadas o cerradas*, por lo que no resulta posible crear nuevos supuestos de denegación por parte de las autoridades. No existe, por tanto, margen de libertad para las autoridades públicas, que no podrán denegar el acceso a la información, sino tienen apoyo directo, claro y razonable, en alguna de las excepciones del artículo 14 de la Ley.

El artículo 14 de la Ley establece unos límites al derecho de acceso, que suponen prácticamente una traducción de los posibles límites máximos previsto en el Convenio del Consejo de Europa. Son los siguientes: la seguridad nacional, la defensa, las relaciones exteriores, la seguridad pública, la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios, la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva, las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control, los intereses económicos y comerciales, la política económica y monetaria, el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial⁵⁶⁸, la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión y la protección del medio ambiente.

Puede observarse, en el caso de la “política económica y monetaria” o el “medio ambiente”, que se trata de límites genéricos, ya que suponen cláusulas amplias e indefinidas en sus contornos, que puede conducir –

⁵⁶⁸Este último no expresamente contemplado en el Convenio, aunque sí en diversas legislaciones nacionales, y que puede relacionarse con la protección de los intereses económicos o de la intimidad, según los casos.

depende con qué rigor se apliquen, cómo se justifiquen y de qué manera se haga efectivo el principio de proporcionalidad- a un vaciado de la efectividad del derecho de acceso a la información pública -el cual puede quedar reducido a mínimos-⁵⁶⁹.

Ahora bien, la concurrencia de alguna de las circunstancias establecidas en el artículo 14 de la Ley tampoco implica necesariamente la denegación de la totalidad de la información solicitada. El apartado tercero de dicho artículo establece que: “Las resoluciones que de conformidad con lo previsto en la sección 2ª se dicten en aplicación de este artículo serán objeto de publicidad previa disociación de datos de carácter personal que contuvieran y sin perjuicio de los dispuesto en el apartado tercero del artículo 20, una vez hayan sido notificadas a terceros”.

Se impone, en consecuencia, a la autoridad pública la obligación de suministro parcial de la información solicitada cuando la información exenta de divulgación pueda disociarse del resto de información no amparada por la excepción. Este *principio de acceso parcial* implica un esfuerzo de maximización del derecho que conlleva a que las restricciones tengan el mínimo alcance necesario.

Finalmente, la Ley señala en su apartado segundo del artículo 14 que “la aplicación de los límites será *justificada y proporcionada* a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente, a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso”. En este punto, cabe señalar, que la previsión de la posible prevalencia de un interés privado superior supone un

⁵⁶⁹La intensidad de la justificación deberá ser analizada por los organismos correspondientes, pero ya en principio se da pie a las Administraciones Públicas para echar mano de interpretaciones restrictivas, que no serían en principio de recibo y que anularían la efectividad inmediata del derecho en cuestión. Véase Asensio, R., “El proyecto de ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno: su posible impacto sobre los gobiernos locales”, en *Fundación, democracia y gobierno local*, Publicación Digital, 2012, pp. 41-77.

desconocimiento del fundamento del derecho de acceso, el cual no constituye un derecho instrumental al servicio de la protección de otros derechos, sino que es un derecho humano fundamental autónomo al servicio de la *transparencia*, la *participación de los ciudadanos* en los asuntos públicos y *el control* de la actuación pública, conectado con el Estado democrático y, por ende, al margen de cualquier distinción en función de la motivación que pueda tener el solicitante⁵⁷⁰.

En otras palabras, el único parámetro con el que confrontar la protección de los límites es el valor que para la sociedad tiene el conocimiento de la información, un juicio abstracto, desvinculado por completo de la cualidad y motivación del solicitante. Lo que, por lo demás, hace que una vez concedido el acceso, la información pueda circular libremente en la sociedad y ser conocida por cualquiera⁵⁷¹.

9. Relaciones entre el acceso a la información y protección de datos personales

Diversos Estados democráticos hace tiempo que comprendieron la necesidad de equilibrar el derecho de acceso a la información pública, abierto a cuantos ciudadanos deseen ejercerla, con la protección de los

⁵⁷⁰Véase Guichot, E., “El proyecto de ley de transparencia y acceso a la información pública y el margen de actuación de las comunidades autónomas”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, N° 84, 2012, pp. 89-134.

⁵⁷¹Por lo demás, la Ley no establece límites temporales absolutos a la vigencia de las limitaciones. En todo caso, pareciera resultar más flexible el principio general según el cual las limitaciones sólo rigen cuando en efecto la divulgación pueda provocar un perjuicio para los intereses protegidos, posibilidad que a menudo el paso del tiempo contribuye a minimizar o eliminar. Véase Guichot, E., “El nuevo Derecho europeo de acceso a la información”, *Revista Administración Pública*, N°160, 2003, pp. 283-316.

aspectos privados que cada persona no desearía revelar más que a quien libremente cada cual decida⁵⁷².

La Constitución española podría en principio expresar también un equilibrio democrático entre la *protección del derecho a la privacidad y la intimidad y el de acceso a la información* de interés o incidencia pública general. De manera inequívoca su artículo 18, dentro del Título de los Derechos y Deberes Fundamentales, garantiza “el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, añadiendo en su apartado 4 que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos”. Sin embargo, y aunque los derechos genéricos a la libertad de expresión e información están recogidos también en el mismo Título Primero de la norma fundamental, como es reiteradamente recordado y analizado por todos los especialistas españoles en Derecho de la Información, no existe consenso respecto a que el derecho específico de acceso a la información de carácter público administrativo esté realmente reconocido como derecho fundamental, rango constitucional que sí goza el derecho a la intimidad o privacidad (con sus correspondientes garantías)⁵⁷³.

A este respecto, la nueva Ley de transparencia y acceso a la información, respondiendo a la indudable necesidad de incorporación al Derecho español de una regulación específicamente promotora de la *transparencia de la información*, dedica un precepto entero, el artículo 15, al tema crucial de la protección de datos personales, lo que pone de relieve la tensión existente entre los principios de acceso a la información y la protección de datos de

⁵⁷²Estados Unidos es, junto con los países escandinavos, uno de los Estados que primero y de manera más sistemática dio forma legal a esta conjugación de principios teóricamente sujetos a conflicto. Ya en 1966 su Legislativo promulgó una ley federal, la Freedom of Information Act (FOIA) que desde su primera formulación y tras las sucesivas reformas –al coordinarse con la Privacy Act de 1974, o su transformación en la Electronic Freedom of Information Act (EFOIA) en 1996–, ha considerado que ninguno de esos dos derechos podría ejercerse de manera rígida y absoluta por encima del otro.

⁵⁷³Véase Guichot, E., “Derecho a la protección de datos y actividad administrativa”, *Revista Vasca Administración Pública*, Nº 71, 2005, pp. 81-120.

carácter personal. Resulta, en efecto, imprescindible aclarar la relación existente entre ambos bloques normativos, sobre todo, teniendo en cuenta que el *flujo de la información es capital para el desarrollo de una sociedad abierta a la participación de todos los intereses supraindividuales* existentes en los diversos procesos de toma de decisión de que son portadores los ciudadanos -individualmente considerados o mediante sus organizaciones y asociaciones- sobre asuntos de carácter público que pudieran afectar a una pluralidad de individuos⁵⁷⁴.

En efecto, el apartado primero del artículo 15 de la Ley, ha introducido una matización, distinguiendo, dentro de los datos especialmente protegidos, los del artículo 7.2 de la Ley 15/1999, Orgánica de Protección de Datos – LOPD- (ideología, afiliación sindical, religión y creencias), cuyo acceso por terceros sólo cabe con el consentimiento expreso y por escrito del afectado, salvo que previamente los haya hecho manifiestamente públicos; y los del artículo 7.3 LOPD (origen racial, salud y vida sexual) o datos relativos a infracciones penales o administrativas que no conllevan amonestación pública al infractor, en cuyo caso el acceso sólo se podrá autorizar en caso de que se cuente con el consentimiento expreso del afectado o si estuviera amparado por una norma con rango de ley.

Por su parte, el apartado segundo del citado articulado, se refiere al caso de los documentos que contengan datos “*meramente identificativos*” relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano, con carácter general se concederá el acceso a la información, salvo en el caso concreto que prevalezca la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos sobre el interés público en la divulgación de la información. Aquí, quizás la mención a los datos

⁵⁷⁴Ni el acceso a la información ni la protección de datos son absolutos. Es imprescindible conseguir un equilibrio entre ambos derechos. Véase Piñar Mañas, J.L., “Transparencia y protección de datos: las claves de un equilibrio necesario”, en García Macho, R. (Ed.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 81-101.

“meramente identificativos”, pudiera complicar la comprensión del precepto. No obstante, el sentido de esta norma es, específicamente, que la presencia del nombre de una persona no puede impedir que se conozcan datos relevantes sobre la actuación pública: no sólo identificativos de funcionarios o autoridades, sino relativos a las decisiones públicas que adoptan que, a su vez, a menudo implica la mención de nombres de terceras personas (contratistas, beneficiarios de subvenciones, de licencias, etc.).

A su vez, el apartado tercero del artículo 15 mantiene una correcta regla de *ponderación* del interés público en la divulgación y los derechos de los afectados, en particular, su derecho fundamental a la protección de datos. La novedad es que la normativa ha querido rellenar su texto con criterios de ponderación, lo cual es aconsejable si son atinados, pero ellos pueden llegar a desmontar el sistema legal, si son equívocos⁵⁷⁵.

En cuanto al primer criterio de ponderación, éste supone *“el menor perjuicio a los afectados derivado del transcurso de los plazos establecidos en el artículo 57 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español”*. Dicho artículo rige al día de hoy el acceso a los archivos que no tengan la consideración de archivos de gestión y, la Ley entonces, excluye la aplicación para el resto de archivos de la normativa sobre acceso a la información⁵⁷⁶.

⁵⁷⁵Véase Guichot, E., “El proyecto de ley de transparencia y acceso a la información pública y el margen de actuación de las Comunidades Autónomas”, *Revista Andaluza Administración Pública*, N° 84, 2012, pp. 89-134.

⁵⁷⁶El artículo 57 prevé que los documentos que contengan datos personales de carácter policial, procesal, clínico o de cualquier otra índole que puedan afectar a la seguridad de las personas, a su honor, a la intimidad de su vida privada y familiar y a su propia imagen, no podrán ser públicamente consultados sin que medie consentimiento expreso de los afectados o hasta que haya transcurrido un plazo de veinticinco años desde su muerte, su fecha es conocida, o, en otros caso, de cincuenta años a partir de la fecha de los documentos. Esta disposición ha sido un auténtico enigma en cómo interpretarla y articularla y el Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, por el que se establece el Sistema Español de Archivos y regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso –RDA- ha intentado aclararla, disponiendo que si el dato del fallecimiento no consta, el interesado debe aportar certificación expedida por el Registro Civil, y que si no es posible conocer la fecha o el hecho de fallecimiento y el documento tiene

El segundo criterio previsto, conforme al cual se tomará en consideración *“la justificación por los solicitantes de su petición en el ejercicio de un derecho o el hecho de que tengan la consideración de investigadores y motiven el acceso en fines históricos, científicos o estadísticos”*, supone un desconocimiento del sentido del derecho de acceso e introduce principios de diferencia de trato en función de la cualidad del solicitante y de justificación de intereses particulares ajenos a la lógica del derecho y del resto del articulado de la Ley como ya se ha visto anteriormente (no exigencia de consignar interés alguno)⁵⁷⁷.

Por otra, el tercer y cuarto criterios se refieren al *“menor perjuicio de los derechos de los afectados en caso de que los documentos únicamente contuviesen datos de carácter meramente identificativos de aquéllos”* y a *“la mayor garantía de los derechos de los afectados en caso de que los datos contenidos en el documento puedan afectar a su intimidad o seguridad, o se*

antigüedad superior a cincuenta años “el acceso se concederá si, atendidas las circunstancias del caso, se entiende razonablemente excluida la posibilidad de lesión del derecho a la intimidad personal y familiar o el riesgo para la seguridad del afectado y siempre de conformidad con la normativa sobre protección de datos” (artículo 28.3), a la vez, que dispone que si se trata de documentos nominativos o meramente identificativos que no afectan a la seguridad o la intimidad, es posible acceder cuando el titular haya fallecido o el solicitante acredite la existencia de un interés legítimo en el acceso, que se entenderá existente en quienes lo soliciten para el ejercicio de sus derechos y los investigadores que acrediten que el acceso se produce parra una finalidad histórica, científica o estadística (artículo 28.3).

⁵⁷⁷Por ejemplo, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos, se ha aclarado que debe identificarse si en efecto la divulgación sería una amenaza para la privacidad, pues de lo contrario, no es necesario proseguir el análisis y la información debe ser divulgada. A continuación, ha de analizarse si concurre un interés público en el conocimiento de la información, pues en caso negativo, el acceso debe negarse. Si constata el posible perjuicio para la privacidad y el interés público de la información, el Tribunal Supremo ha sentado el principio según el cual la apreciación del interés público contrapuesto a la privacidad ha de hacerse en términos objetivos, esto es, en función de la naturaleza de la información y su idoneidad para contribuir a la transparencia y el control de la actuación administrativa. Por tanto, el *interés personal del solicitante es irrelevante*, lo que implica que la Administración debe tratar de igual modo a cualquier solicitante respecto de la misma información (salvo en que el solicitante sea el propio afectado). Es más, ha de hacerse abstracción de la finalidad particular del solicitante y focalizar en la naturaleza del documento solicitado y su relación con el interés público general y los posibles efectos de la divulgación en el público en general. Se excluye, por tanto, la información solicitada para obtener o complementar pruebas para un proceso judicial privado, para cuyo acceso han de utilizarse los cauces oportunos dentro del proceso judicial. Véase sentencia dictada en el caso *United States Department of Justice v. Reporters Committee for Freedom of the Press* [489 U.S. 749 (1989)].

*refieran a menores de edad*⁵⁷⁸. Ambos criterios pudieran ser redundantes con los principios generales y, en esa medida, casi superfluos, sólo que ahora se expresan en terminología propia de las leyes de acceso y no en la de protección de datos⁵⁷⁹.

Se ha aclarado también en la Ley, que no es necesaria esta ponderación si el acceso se efectúa previa disociación de los datos de carácter personal de modo que se impida la identificación de las personas afectadas. Esta regla contribuye a orientar a los aplicadores de la norma hacia esta modalidad de acceso parcial. En efecto, en muchas ocasiones, basta la disociación para conseguir un correcto equilibrio entre transparencia y protección de datos⁵⁸⁰.

10. Procedimiento

Uno de los aspectos claves de la regulación del derecho de acceso a la información pública previa solicitud es el relativo al *procedimiento* que debe seguirse para hacer efectivo este derecho. Debe tratarse de un *procedimiento simple, ágil y económicamente asequible* para todos los ciudadanos, pues está en juego, precisamente, su *participación efectiva* en la vida democrática y la información para ser útil: debe ser *inmediata*⁵⁸¹.

⁵⁷⁸La referencia a la “minoría de edad” fue un agregado del texto definitivo de la ley.

⁵⁷⁹Puesto que no hay una identificación plena, sino sólo tendencial, entre *datos especialmente protegidos* y *datos íntimos*, sí contribuyen a aclarar los criterios de ponderación.

⁵⁸⁰La Ley contempla una disposición adicional quinta sobre colaboración entre la Agencia Española de Protección de Datos y el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno a fin de que adopten los criterios de aplicación, en su ámbito de actuación, de las reglas contenidas en el artículo 15 de esta Ley, en particular, lo que respecta a la ponderación del interés público en el acceso a la información y la garantía de los derechos de los interesados cuyos datos se contuviesen en la misma, de conformidad con lo dispuesto en esta norma y en la LOPD.

⁵⁸¹Un procedimiento adecuado va a allanar el camino para todo aquel que pretenda informarse sobre distintos asuntos de carácter público, lo que se traducirá en lograr una mayor concienciación y educación cívica facilitando, entre otros aspectos, el posterior ejercicio de otros derechos, en especial, *la participación en la Administración Pública*. Véase Fernández Ramos, S., “Algunas proposiciones

Al efecto, la Ley 19/2013 establece libertad de medios para la solicitud, bastando con que conste la identidad del solicitante, la información que se solicita, una dirección de contacto a efecto de comunicaciones, preferentemente electrónica y, en su caso, la modalidad de acceso que se prefiera. Las solicitudes no requieren motivación, que es meramente opcional. No obstante, lo dicho, la formulación contemplada en el artículo 17.3 expresa lo siguiente: *“el solicitante podrá incluir los motivos por los que solicita la información y que deberán ser tenidos en cuenta cuando se dicte resolución”*. Se aprecia a simple vista, que dicha cláusula puede resultar ambigua y confusa dando lugar a una interpretación errónea referida a los motivos personales del solicitante, pues tal como lo señala el resto de la regulación, el interés que cada persona pueda tener para solicitar información no ha de ser tenido en absoluto en cuenta para la decisión, pues, el derecho de acceso a la información no es un instrumento de tutela de derechos o intereses individuales, al contrario, busca facilita la integración de los diferentes *intereses supraindividuales* presentes en la sociedad a través de su *participación* en los procesos que pudieran afectar a la sociedad⁵⁸².

Es por esto, necesario reiterar, que la resolución sobre el acceso debe ser producto de un juicio abstracto, desvinculado de la identidad del solicitante y de sus intereses individuales privados, el cual debe ponderar los derechos o bienes afectados con el interés público de la generalidad de los ciudadanos en la divulgación de la información⁵⁸³.

La tramitación formulada en la Ley es *ágil y pro actione*, reenviando la solicitud al órgano que posee la información cuando se conoce o cuando

para una ley de acceso a la información”, *Boletín Mexicano Derecho Comparado*, N° 105, 2013, pp. 1-24.

⁵⁸²Véase Pérez Carrillo, E.F., “La transparencia en el funcionamiento de la Unión Europea: el acceso público a los documentos de sus instituciones y órganos”, *Revista Vasca Administración Pública*, N° 56, 2000, pp. 349-385.

⁵⁸³Véase Guichot, E., *Transparencia y acceso a la información en el Derecho europeo*, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2011, pp. 25 y ss.

haya sido elaborada o generada en su integridad o parte principal por otro y solicitando precisiones en casos de solicitudes demasiado imprecisas y con un plazo para que los terceros afectados formulen sus alegaciones (no sólo puede estar en juego la protección de datos, sino la propiedad industrial, el secreto comercial, etc.). El plazo de resolución se mueve dentro de parámetros razonables: de un mes desde la recepción, ampliable por otro mes en caso de que el volumen o la complejidad de la información que se solicita así lo hagan necesario, previa notificación al solicitante. En este punto, resaltar que el establecimiento con carácter general de un plazo máximo de un mes debe valorarse positivamente, ya que, en muchas ocasiones, obtener la información en un breve tiempo es crucial para poder participar posteriormente en períodos de información pública o en la instancia necesaria⁵⁸⁴.

Como se ha puesto de manifiesto en la Ley, en caso que se deniegue la información solicitada, deberán respetarse una serie de garantías para asegurar la efectividad del derecho de acceso. En primer lugar, la resolución denegatoria de la información debe estar motivada y amparada en alguna de las excepciones establecidas en la propia Ley. Debe tenerse presente, que constituye un derecho de *todos* “conocer los motivos por los cuales no se facilita la información, total o parcialmente y, también aquellos por los cuales no se les facilita la información en la forma o formatos solicitados”. La motivación tiene una importancia fundamental en el momento de interponer los correspondientes recursos porque permite a los ciudadanos conocer si la solicitud ha sido denegada sin motivo justificado y facilita así el control de las decisiones administrativas. Por ello, la Administración Pública debe necesariamente acreditar la concurrencia de alguna de las excepciones, justificar la relación entre esta causa y la información solicitada y ponderar los intereses en conflicto demostrando el menoscabo del interés protegido.

⁵⁸⁴Véase Guichot, E., “Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas”, *Documento de Trabajo N° 170*, 2011, pp. 1-63.

En segundo lugar, hay necesidad de notificar la denegación de la información en los plazos máximos establecidos en el artículo 20.1 de la Ley (plazo máximo de un mes), ya que de no hacerlo entraría en juego el *silencio administrativo* con las correspondientes consecuencias.

Así, pues, especial atención merece en la Ley el tema del *silencio administrativo*, que se prevé como *negativo*, lo que ha sido objeto de numerosas críticas, en particular, por organizaciones no gubernamentales y medios de comunicación⁵⁸⁵. El silencio negativo consiste en que si un ciudadano solicita una información concreta y ella no es proporcionada dentro de los plazos legales establecidos, debe considerarse que la solicitud ha sido desestimada. Esta situación obligaría al particular a promover un recurso contencioso- administrativo, lo que supone, en la práctica que la Administración se puede blindar con su inacción ante peticiones de información que puedan resultarle incómodas. Así, el silencio negativo se convertirá en un límite más a un derecho de por sí mermado desde su origen (no es considerado como derecho fundamental). Por tanto, bastaría con que la Ley estableciese la obligación de la Administración de resolver y dar respuesta motivada a todas y cada una de las solicitudes de información que se efectúen⁵⁸⁶.

Finalmente, en el caso de concederse el acceso, se opta por la modalidad electrónica, salvo petición en contrario, lo que parece razonable siempre que se haya consignado una dirección electrónica en la solicitud. Cuando la información ya ha sido publicada basta con indicar al solicitante cómo puede acceder a ella. El acceso es *gratuito*, si bien la expedición de copias o la

⁵⁸⁵Véase Llorente, C. “Ley de Transparencia: el “silencio negativo” que acalla nuestro derecho a la información pública”, *Derecho y Noticias Jurídicas*, 09.19.2013: www.diariojuridico.com.

⁵⁸⁶Debe tenerse presente, que la Ley 30/1992 establece ya la obligación de resolver las cuestiones planteadas por los administrados. Ello surge del juego normativo de los artículos 42 y 89 de la ley, que establece la obligación de la Administración de dictar resolución expresa en todos los procedimientos, sin que la Administración en ningún caso pueda abstenerse de resolver... “*so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de preceptos aplicables*”.

transposición de la información a un formato diferente al original pueden dar lugar a la exigencia de exacciones.

En definitiva, todas las obligaciones legales que contempla la tramitación de la solicitud de acceso tienen una finalidad común que es dar a conocer las posibilidades de acceder a la información que tiene en su poder la Administración, estableciendo todos aquellos medios necesarios y adecuados para permitir el acceso de forma real, todo lo cual va a suponer cambios notables en el modelo clásico de actuación pública tanto a nivel organizativo como funcional⁵⁸⁷.

11. Garantías

La efectividad del derecho de acceso a la información pública exige la articulación de un sistema eficaz de garantías con el objeto de asegurar y fortalecer la eficacia de los derechos de *información y participación*.

La Ley 19/2013 reconoce el derecho a recurrir de toda resolución expresa o presunta en materia de acceso que suponga una vulneración del derecho de acceso a la información pública. El artículo 24.1 establece que: “Frente a toda resolución expresa o presunta en materia de acceso podrá interponerse una reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, con carácter potestativo y previo a su impugnación en vía contencioso-administrativa”.

⁵⁸⁷Para la Administración General del Estado, se prevé la creación de *Unidades especializadas de información*, competentes para recabar y difundir la información sometida a publicidad activa, recibir y dar tramitación a las solicitudes de acceso a la información, realizar los trámites internos necesarios para dar acceso a la información solicitada, realizar el seguimiento y control de la correcta tramitación de las solicitudes; llevar un registro de las solicitudes; asegurar la disponibilidad en la respectiva página web o sede electrónica de la información cuyo acceso se solicita con frecuencia; mantener actualizado un mapa de contenidos en el que queden identificados los distintos tipos de información que obren en poder del órgano, así como todas aquellas funciones que sean necesarias para asegurar una correcta aplicación de las disposiciones de esta Ley.

Con arreglo a lo establecido en este precepto, cabe destacar, en primer lugar, que la opción de la Ley española ha sido la de utilizar como vía alternativa al recurso administrativo, previo a un recurso ante un órgano judicial, una *reclamación* ante un órgano independiente e imparcial creado por la Ley, el *Consejo de Transparencia y Buen Gobierno*. La creación de un organismo de este tipo es útil como garantía efectiva del derecho de acceso a la información. Entre sus facultades, se encuentra la resolución de los recursos presentados por los ciudadanos ante el rechazo por parte de la Administración del acceso a las informaciones solicitadas⁵⁸⁸.

Por tanto, junto al sistema general de recursos contencioso-administrativos como garantía de la efectividad del derecho de acceso a la información, la Ley introduce esta novedad importante: *garantiza un procedimiento en el que pueda ser reexaminada la solicitud de información por una entidad independiente e imparcial*. El plazo de resolución es de tres meses, transcurrido el cual, la reclamación se entenderá desestimada⁵⁸⁹. Aquí la Ley establece por segunda vez un régimen de *silencio administrativo negativo*, lo que pudiera producir en la práctica, que si las instituciones públicas no desean contestar las solicitudes de información simplemente no lo hacen.

En segundo lugar, cabe destacar de la Ley, que la *legitimación activa* para imponer estos recursos se atribuye a “*todos*”, esto es, cualquier persona

⁵⁸⁸En efecto, el *Consejo de Transparencia y Buen Gobierno* se pretende erigir desde su origen como un *órgano garante eficaz y eficiente* y, para ello requiere desarrollar capacidades técnicas tomando en cuenta el contexto cultural en el que va a operar, es decir, considerando las tradiciones regulatorias y de control existentes y, a partir de ahí, ir midiendo la posibilidad de introducir innovaciones en este campo

⁵⁸⁹Esta reclamación -sustitutiva de los recursos administrativos procedentes- constituye una vía clave para la efectividad del derecho ya que la respuesta a las reclamaciones de información deben ser rápidas. Máxime cuando la Ley no ancla el derecho de acceso en un derecho fundamental y, por ello, no implica la protección judicial por procedimiento sumario de protección de los derechos fundamentales regulado en los artículos 114 a 123 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Véase Transparency International España, “*Algunas propuestas y comentarios sobre el proyecto de ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*”, www.transparencia.org.es.

física o jurídica, así como sus asociaciones, organizaciones que consideren que se ha vulnerado su derecho en materia de acceso a la información en los términos reconocidos por la Ley 19/2013. Ello, pues, el solicitante de acceso a la información no requiere ostentar la condición de interesado portador de algún interés cualificado, lo que facilita la eficacia del derecho a la información y posibilita su posterior participación en los asuntos públicos.

Ahora bien, cuál sería el órgano independiente e imparcial para resolver las reclamaciones de información fue un punto muy discutido en toda la tramitación de Ley sobre transparencia y acceso a la información. En el Derecho comparado, al margen de la garantía judicial última y de la posibilidad de queja ante el Defensor del Pueblo, las normas sobre transparencia de las últimas décadas han incorporado la creación de una autoridad independiente, unas veces, con competencias exclusivas en materia de acceso a la información (por ejemplo, Francia, Portugal, Italia) y otras, unificadas con la materia de protección de datos (por ejemplo, Gran Bretaña, Alemania, Suiza).

La unificación de competencias en la Agencia Española de Protección de Datos –AEPD-, que figuraba en proyectos normativos anteriores, mostraba ciertas ventajas como eran, fundamentalmente, la posibilidad de dar una respuesta unitaria y coherente a la publicidad de información que contiene datos personales, aparte de apoyarse sobre una institución ya existente, sólida y con importantes poderes⁵⁹⁰. Asimismo, tal opción unitaria tenía también inconvenientes: a) la AEPD ejerce sus competencias no sólo respecto a entidades públicas, sino también respecto a sujetos privados, mientras que la Ley de transparencia y acceso a la información tiene como obligados a sujetos públicos y sólo, excepcionalmente, a sujetos privados cuando ejercen funciones públicas; b) la AEPD tiene un conocimiento

⁵⁹⁰Véase Villoria Mendieta, M., “Algunas reflexiones sobre la ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno”, Manuscrito cedido por su autor.

especializado en protección de datos. Por tanto, la materia de acceso a la información pública le es ajena; c) la AEPD tiene ya una importante carga de trabajo, pues su competencia se extiende a todos los ficheros públicos salvo los autonómicos y locales de Comunidades Autónomas que hayan creado sus propias agencias y a todos los privados, cualquiera que sea el lugar donde están ubicados; d) la AEPD ha nacido como institución especializada en la protección de los datos⁵⁹¹.

El Proyecto de ley discutido en el Parlamento había optado por atribuir competencia a una institución ya existente: la Agencia Estatal, denominada de *Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y de la Calidad de los Servicios* (AEVAL). Al respecto lo más criticable era que no se le consideraba una auténtica institución independiente. En principio, no tenía la consideración de Administración independiente, sino de agencia de las reguladas en la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, que la adscribe al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Su Estatuto (Real Decreto 1418/2006, de 1 de diciembre) establece, no su independencia, sino su más limitada “*autonomía de gestión y funcional dentro de los límites establecidos por la Ley de Agencias Estatales y por este Estatuto*” y una estructura orgánica integrada por dos órganos de gobierno: el presidente, nombrado y separado libremente por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de las Administraciones Públicas y el Consejo Rector, órgano de gobierno colegiado de composición mayoritariamente interministerial y entre cuyas funciones están el seguimiento, supervisión y control superior de la actuación de la Agencia o el nombramiento del personal directivo, que no es, por tanto,

⁵⁹¹Al extender su competencia a la información, se corre el riesgo de que continúe actuando en una lógica defensiva y lleve a cabo por ello una interpretación restrictiva del principio de transparencia y publicidad cuando la información contiene datos personales. Véase Guichot, E., *Transparencia y acceso a la información pública en España. Análisis y propuestas legislativas*, Fundación Alternativas, Documento de Trabajo N° 170, 2011, Madrid, pp. 5-63.

equivalente, ni en su composición ni en sus funciones al Consejo Consultivo de la AEPD.

Finalmente, la actual Ley de transparencia y acceso optó por la creación de una institución pública con personalidad propia y plena capacidad de obrar, el *Consejo de Transparencia y Buen Gobierno*, cuya normativa de funcionamiento se ha contemplado en un Título III, “Consejo de Transparencia y Buen Gobierno”, artículos 33-40 de la Ley. Su finalidad consiste en promover la transparencia de la actividad pública, velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad, salvaguardar el ejercicio de derecho de acceso a la información pública y garantizar la observancia de las disposiciones de buen gobierno.

El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno estará compuesto por una Comisión y el Presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. La Comisión estará compuesta por: el Presidente, un Diputado, un Senador, un representante del Tribunal de Cuentas, un representante del Defensor del Pueblo, un representante de la Agencia Española de Protección de Datos, un representante de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas y un representante de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal⁵⁹²

12. Conclusión

La eficacia real de los mecanismos de *participación* que la legislación diseñe para desarrollar el marco constitucional al que se ha hecho referencia

⁵⁹²A este respecto, la imparcialidad, la independencia del *Consejo de Transparencia y Buen Gobierno* queda “bajo sospechas”, pues su composición es mayoritariamente política. Su Presidente es nombrado por el Gobierno y su refrendo parlamentario sólo exige la aplicación de mayoría parlamentaria. Además, a fin de darle mayores aires de objetividad al Consejo, se podría haber dado entrada a un diputado y senador representantes de la oposición parlamentaria, así como a representantes de organismos de la sociedad civil que promueven la transparencia y el buen gobierno. Véase Lizcano Álvarez, J., “La nueva Ley de Transparencia: un importante desafío social”, 23/12/2013: www.abogacia.es.

a lo largo del presente trabajo (en especial, los artículos 1.1 CE, 9.2, CE 23.1 CE, 105 CE) *–entendiendo, como se ha subrayado reiteradamente, la participación de los ciudadanos (participación individual o colectiva) en la Administración Pública (participación administrativa), no como una intervención en busca de tutela de interés privados e individuales, sino como la expresión de diversos intereses supraindividuales presentes en la sociedad y, cuya finalidad busca incidir, influir en los procesos de toma de decisiones de los asuntos públicos–*, depende en gran medida de la *información* que esté a disposición de todos los ciudadanos, que, en última instancia, acaba siendo el factor que posibilita la participación real de la población. *El acceso a la información pública es el elemento fundamental para permitir una participación realmente eficiente.*

Sin embargo, a pesar del consenso existente a la hora de vincular la eficacia de la participación a la existencia de un flujo de información suficiente que garantice que los ciudadanos puedan ser conscientes de cómo una decisión puede afectar sus intereses, la información a partir de la cual puede fundarse la actividad participativa es, en muchas ocasiones, insuficiente, difícilmente accesible o sencillamente incomprensible, de manera que el ciudadano deja de estar en condiciones de participar de manera efectiva en el procedimiento de toma de decisiones.

El análisis precedente de la regulación del derecho de acceso a la información pública en la normativa vigente pone de relieve el *avance* y la *mejora* considerable que supone la nueva Ley 19/2013 en relación con la regulación precedente. En efecto, el derecho de acceso a la información se recoge actualmente en términos muchos más amplios que en la anterior legislación. Son muchas las mejoras que se introducen y que evidencian esta primera conclusión: en primer lugar, se reconocen una serie de derechos en relación con el acceso a la información. En segundo lugar, se amplía el sujeto activo de tal derecho, el número de sujetos obligados a suministrar

información y el propio concepto de información pública. En tercer lugar, se mejora la regulación de las excepciones a la obligación de facilitar información, imponiéndose una interpretación restrictiva de las mismas, así como una ponderación en cada caso del interés público atendido con la divulgación de una información con el interés atendido con su denegación. En cuarto lugar, se introducen más facilidades en el acceso a la información pública (reducción de plazos para suministrar la información, unidades de información, portal de la transparencia, etc.), Todo ello sin olvidar el peso que se otorga a la publicidad activa de la información y a la creación del *Consejo de Transparencia y Buen Gobierno*, órgano encargado de vigilar la aplicación del principio de transparencia así como de resolver los conflictos de denegación de información que puedan surgir.

Sin embargo, la regulación de este derecho continúa presentando algunos problemas. Es fundamental realizar una interpretación restrictiva de las causas que posibilitan la denegación del derecho en aras de una mayor eficacia del acceso a la información pública. Debe evitarse, por tanto, el abuso en la aplicación de estas excepciones para denegar masivamente peticiones de información. Sin embargo, tampoco pueden obviarse las dificultades interpretativas que suscita la aplicación de ciertos conceptos recogidos en las excepciones, en especial, “la política monetaria” o la “protección del medioambiente”, llenas de conceptos amplios e indeterminados, que pueden llevar a interpretaciones amplias de las mismas y por ello a una aplicación divergente de la Ley. Asimismo, no puede desconocerse la situación que se plantea en el caso de que el solicitante no reciba respuesta y, tras no obtenerla, interponga una reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, previo a su impugnación por la vía contencioso-administrativa. En este caso, si el Consejo tampoco se pronuncia, existiría una doble desestimación por “silencio negativo”, lo que

dejaría al derecho de acceso a la información pública en una completa ficción legislativa.

Por otra parte, la aplicación efectiva de la Ley 19/2013 va a exigir un esfuerzo considerable por parte de las Administraciones Públicas: de formación tendente a sensibilizar al personal a su servicio respecto de los derechos y las obligaciones previstos en esta Ley, así como a las propias autoridades públicas responsables de facilitar información; de desarrollo e implantación de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación; de adopción de medidas apropiadas, aplicando los recursos organizativos, humanos, financieros y técnicos necesarios para cumplir con los plazos máximos de suministro de información y garantizar que ella se haga efectivamente disponible; de información al público sobre los derechos que se derivan de la Ley 19/2013⁵⁹³.

Las Administraciones Públicas deben enfrentarse, además, y superar, la opacidad con que se ha recubierto tradicionalmente a las actuaciones administrativas, lo cual va a exigir un cambio importante de mentalidad en su actuación y una apuesta por la *transparencia*, debiendo superarse las reticencias al acceso a la información, visto muchas veces como una vía de control de su actividad no deseada por la Administración. Debe cambiar, pues, la actitud de las Administraciones, en ocasiones, reacias a otorgar la información a los solicitantes, no existiendo causa legal que ampare tal desestimación. El Defensor del Pueblo lo pone de manifiesto de forma reiterada, año tras año, en sus informes anuales. Por ejemplo, en el de 2003 y 2004 afirma que: *“sorprende que, en la mayoría de los casos investigados aparte de que no haya causa legal que ampare la desestimación de una solicitud de acceso a información ambiental, el contenido de ésta sea*

⁵⁹³Véase Casado, Casado, L., “El derecho de acceso a la información ambiental previa solicitud”, en Pigrau Solé, A. (Dir.), *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus*, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 225-298.

completamente inocuo en términos de su posible difusión a la opinión pública, tanto en su forma como en su fondo”. Ello lleva a pensar que la resistencia que muestran las Administraciones a facilitar el acceso a la información no responde, como quizá pudiera pensarse, a razones de oportunidad, sino a reflejos autoritarios, propios de una Administración con una todavía escasa tradición de funcionamiento democrático y transparente⁵⁹⁴.

En suma, la configuración del derecho de acceso a la información pública contenida en la actual Ley 19/2013, mejora sustancialmente la regulación de este derecho. Falta ahora que esta regulación que existe sobre el papel se traduzca también en una aplicación efectiva de este derecho por parte de las autoridades. Para ello, deberá romperse con una tradición de opacidad en las Administraciones Públicas españolas y dotar al ejercicio de este derecho de los medios organizativos adecuados.

⁵⁹⁴Informe Anual 2003, p. 932 e Informe anual 2004, p. 898., pág. web: www.defensordelpueblo.es.

CONCLUSIONES

El análisis jurídico de la *participación*, tanto teórico como doctrinal o jurisprudencial, evidencian deficiencias en su concepción jurídica. De hecho, el fenómeno participativo está sujeto a multitud de interpretaciones ideológicas que generan una enorme dificultad a la hora de establecer parámetros definitorios adecuados y no meros juicios de valor. Se peca, en suma de un excesivo principialismo acompañado de una falta de rigor terminológica por el uso abusivo de expresiones vacías o de conceptos jurídicos indeterminados.

Asimismo, el examen del fenómeno de la participación en la Administración Pública, arroja que se trata de una categoría, en muchas ocasiones, puramente formal o poco valorada en sí misma. La debilidad de la categoría es deudora de su vinculación con otros derechos como el de indefensión. Se encuentran estudios meritorios que se centran en una concepción de la participación cuya falta de respeto no tiene consecuencias jurídicas si no se ha producido indefensión. Esto quiere decir, que la participación no tiene valor en sí misma, sino que se vincula con otros derechos o intereses, de los que la participación sirve como instrumento de defensa. Si no hay indefensión no hay tampoco conculcación del derecho de participación. Es más, la falta de participación se considera una irregularidad no invalidante, sin consecuencias jurídicas, cuando los poderes públicos no la respetan. Se evidencia así una concepción de la participación muy limitada y desvinculada del principio democrático. En suma, la participación se utiliza como una categoría formal, sin significado propio⁵⁹⁵.

⁵⁹⁵La *participación* tiene un valor propio cuando se entiende de forma autónoma, desvinculada de derechos e intereses privativos. En este contexto, la participación de la ciudadanía como principio rector de los procedimientos de decisión de los poderes públicos, es un principio formalmente relevante.

Ahora bien, al descartar como óptica de estudio del fenómeno participativo la mera defensa de intereses propios y directos, la presente investigación se centra en enfocar el estudio jurídico de la participación desde la perspectiva de los llamados *intereses supraindividuales* (*intereses colectivos y difusos*), a fin de revelar en ellos su dimensión participativa como cauce de expresión de toda “*participación*”.

Es en el desfase del viejo esquema de la sociedad industrial que ha soportado los edificios constitucionales de la segunda posguerra mundial, en donde se puede enmarcar el origen de la temática de los *intereses supraindividuales*, que adquieren de esta forma, una trascendencia social, en cuanto expresión de nuevas demandas que emergen en el tejido social. Es decir, la perspectiva economicista propia de las constituciones del Estado social va a enriquecer con nuevos temas ya no vinculados a cuestiones conexas al ámbito productivo y a los enfrentamientos clásicos del conflicto social, sino que enlazados con la *calidad de vida* y la satisfacción de *nuevas exigencias sociales*⁵⁹⁶.

Las demandas referidas a *intereses supraindividuales*, responden, entonces, a una exigencia de *participación* en la determinación del interés general. La formulación de este tipo de requerimientos no es sino una forma más de *expresión de la participación en las decisiones que afectan a todos y cada uno de los ciudadanos*. Es decir, ahora, las demandas se orientan hacia formas de participación *puntuales y concretas* –en el sentido de vinculadas a un interés determinado frente a la abstracción de la participación en bloque–

⁵⁹⁶En este sentido, sólo recordar que, la preocupación por la protección de los *intereses supraindividuales* ha venido gestándose al hilo de la creciente sensibilización en torno a temáticas tales como, el medio ambiente o la salud pública, en las que hacen acto de presencia bienes jurídicos que trascienden al individuo; bienes jurídicos cuya titularidad no corresponde en exclusiva a un concreto ciudadano, sino que en pluralidad, deben atribuirse a una colectividad en su conjunto.

y alejadas de la generalidad y globalidad de la práctica legislativa y normativa⁵⁹⁷.

En este orden de cosas, la Constitución española ha impulsado de manera determinante la protección de los *intereses supraindividuales*. Y lo ha hecho sobre la base de una previsión normativa fundamental en la consolidación de un Estado social y democrático y participativo, esto es, mediante el artículo 9.2 de la CE, en el que a modo de pórtico general, se *obliga a los poderes públicos a la promoción de cuantas actuaciones fueren necesarias a fin de garantizar un marco real y efectivo en el que puedan desarrollarse con plenitud las libertades del individuo y de los grupos que éste integra, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y, facilitando la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*⁵⁹⁸.

En este aspecto, dos articulados constitucionales destacan por ser una proyección del principio democrático participativo en un Estado social y democrático de Derecho (artículos 1.1 CE y 9.2. CE): el primero, el artículo 23.1 CE, el cual consagra el “*derecho fundamental de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes*”, lo que significa que es generador de un haz de garantías propias de los derechos fundamentales, extensible no sólo al ámbito de la participación política sino también a los derechos de la participación administrativa ⁵⁹⁹.

⁵⁹⁷Véase Peña Freire, A.M., *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Trotta, Madrid, 1997, pp. 176 y ss.

⁵⁹⁸Este mandato dispuesto en el artículo 9.2 CE resume todas las manifestaciones participativas dispersas a lo largo del texto constitucional, entre otros, el derecho a un medio ambiente adecuado (artículo 45 CE) o la protección de los consumidores (artículo 51 CE). No cabe duda, de que la Carta Magna es consciente de la necesidad de amparar con firmeza la virtud de los *intereses supraindividuales*.

⁵⁹⁹Bajo este ámbito de protección deben situarse todas las formas de participación en los procesos decisionales de los poderes públicos y la estructura del Estado, lo que englobaría las formas de *participación política y de participación en la Administración Pública*.

El segundo artículo que destaca por ser una concreción del *principio democrático de participación* y, a su vez, del *derecho fundamental de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos*, es el mandato contemplado en el artículo 105 de la Constitución, que consagra la *participación de los ciudadanos en la Administración Pública* y, para ello, contempla una serie de instituciones de participación en el ejercicio de las funciones administrativas: primero, el artículo 105 a) CE alude a la “*audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley*”; segundo, el artículo 105 c) prevé la “*audiencia de los interesados*” (procedimiento administrativo abierto a los portadores de intereses legítimos supraindividuales) y, en último lugar, el artículo 105 b) contiene una institución inherentemente participativa como es el “*acceso a los archivos y registros administrativos*”.

Entonces, hablar de *participación en la Administración Pública*, entendida como la intervención de particulares en la tareas de la Administración, significa, ante todo, *expresión de intereses supraindividuales (colectivos y difusos)*. Por tanto, no toda intervención de los ciudadanos en la elaboración de las decisiones administrativas encaja dentro del concepto de *participación en la Administración Pública*, en sentido estricto, descartándose de plano la intervención en defensa de intereses personales y directos del ciudadano, pues, tal implicación no constituye participación en la Administración Pública propiamente tal.

La participación en la Administración Pública (participación funcional, orgánica y consultiva), en todo caso, implica un contacto lo más continuo y permanente entre la Administración y los individuos, bien directamente, bien a través de las organizaciones sociales creadas para la defensa de sus *intereses legítimos supraindividuales*, tendente a *influir* en la adopción y el contenido de las decisiones de trascendencia colectiva. Ahora, para desempeñar esta *función participativa*, es evidente, que el individuo aislado

(participación individual) tiene muy poca capacidad de incidir de un modo efectivo. En otras palabras, en términos generales, una *participación real y efectiva* sólo se logra a través de las asociaciones u organizaciones sociales creadas al efecto (participación colectiva).

De esta forma, los *intereses supraindividuales* pueden encontrar un cauce efectivo de expresión a través de la *participación administrativa real, posible e informada en los asuntos públicos*. Y es, precisamente, la efectividad de los *intereses supraindividuales* como manifestación de participación lo que está transformando progresivamente a la propia Administración Pública, derribando los dogmas tradicionales que aún subsisten en el Derecho Administrativo, contribuyendo, de esta manera, a la *profundización democrática*. Así, la definición del interés general, esto es, el interés de y para todos, no es el interés del Estado administrativo, sino aquél que deriva de la fusión entre el interés hecho valer por el ente público y el interés hecho valer por los ciudadanos, favoreciendo el acierto en la toma de decisiones administrativas al tener presente los distintos intereses en juego y conocer en suma el grado de aceptabilidad social de las medidas que se adopten en definitiva⁶⁰⁰.

Ahora bien, para alcanzar una tutela real de los *intereses supraindividuales*, desde su óptica participativa, requiere de una *población informada*, pues, sin un flujo de información relevante, de calidad, comprensible, accesible y fiable no es posible formarse una opinión válida en

⁶⁰⁰Ahora bien, los intereses colectivos y difusos han comenzado a penetrar el ámbito del Derecho Administrativo por la vía de la legitimación procesal, particularmente, en el área contencioso-administrativa. Sin embargo, *la articulación de un sistema de protección verdaderamente integral y efectivo requiere desarrollarse a través del derecho de participación y normas participativas*. Véase Brawer-Carías, A. “El Derecho Administrativo y la participación de los administrados en las tareas administrativas”, *Revista Derecho Público*, N° 22, 1985, pp. 5-31.

la que pueda fundarse la actividad participativa de los ciudadanos y, en suma la participación se transformaría en una mera ficción⁶⁰¹.

Por ello, la materialización de los principios de *transparencia y acceso a la información* exige un marco jurídico adecuado. La normativa regulatoria hasta hoy en materia de acceso ha sido fragmentaria y parcial, sin la necesaria precisión y eficacia. España hasta hace poco tiempo atrás era uno de los pocos países europeos que no contaba con una ley de transparencia y de acceso a la información pública, es decir, el mandato contenido en el artículo 105 b) de la Constitución estaba aún sin desarrollarse, pese a que el derecho de acceso a la documentación pública se considera hoy en día un *derecho fundamental*.

Al igual que en otros países, también en España han sido los impulsos de la sociedad en tiempos de una profunda crisis de confianza política, institucional y económica los que han colocado la transparencia y el acceso a la información en la agenda política de forma no sólo nominal sino real⁶⁰². En consecuencia, con fecha 10 de diciembre de 2013 se publicó en el BOE, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*. Esta nueva regulación en sí significa un paso necesario y positivo hacia un gobierno más abierto y responsable y una herramienta importante de *participación de los ciudadanos y de calidad democrática*⁶⁰³.

⁶⁰¹La finalidad inmediata de la transparencia y de la consecuente mejora de la información es *favorecer la participación* y, por ende, incrementar el control y la evaluación de los poderes públicos y, especialmente, de la Administración Pública. Supone el apoderamiento de los ciudadanos con la misma finalidad: *un poder público más sometido a los ciudadanos*.

⁶⁰²En efecto, desde hace años, editoriales y artículos en medios de comunicación, de muy diferente signo, académicos y asociaciones y organizaciones no gubernamentales han venido reclamando la necesidad de aprobar una ley de transparencia y acceso a la información.

⁶⁰³Resta sólo señalar, “*que la forma como se articula y se garantiza el derecho a una participación efectiva e informada, -esto es, basada en el conocimiento y en el análisis previo de la información pública, que permite a las personas adoptar una posición activa en las actuaciones y resoluciones que dicte la Administración, participar en los procesos de toma de decisiones de los asuntos públicos, y también posibilitar a los ciudadanos para exigir rendición de cuentas-, en cada ordenamiento*

Debe subrayarse, eso sí, que la aprobación de una ley de acceso a la información, por muy bien intencionada y progresiva que sea, no es en sí misma suficiente para generar la inversión en las prácticas y usos administrativos que requiere el derecho de acceso a la información, sino que la ley debe considerarse como un instrumento –desde luego imprescindible⁶⁰⁴– de implementación de una verdadera política pública de transparencia, que debe complementarse con otras medidas (estructuras administrativas, recursos humanos y materiales, formación del personal, difusión de la información, etc.) y, sobre todo, con una auténtica voluntad política de impulso del *principio de transparencia en la información*⁶⁰⁵.

jurídico constituye un elemento de medida –aunque no el único– del grado de transparencia logrado por los poderes públicos en la sociedad en cuestión y, para ello contar con una ley de transparencia y acceso a la información pública resulta imprescindible”. Véase Rodríguez-Arana, J., *El derecho a una buena Administración para los ciudadanos*, Netbiblio, La Coruña, 2013, pp. 98 y ss.

⁶⁰⁴Una Ley de transparencia y acceso a la información no implica inmediatamente la existencia de una cultura de la apertura informativa entre los servidores públicos. La cultura de la transparencia sólo puede edificarse por la vía de actuaciones reiteradas y estandarizadas de apertura, capaces de ir generando rutinas institucionales que tengan a la publicidad de la información como su referente y propósito central. Véase Peschard, J., “La vocación internacionalista del Consejo para la Transparencia de Chile”, en Cheyre, J.E. y Cobo, N. (Eds), *Transparencia en Chile: logros y desafíos a cinco años de vigencia de la Ley*, Orjikh Editores, Santiago de Chile, 2014, pp. 271-285.

⁶⁰⁵El derecho de acceso a la información pública es un derecho extraordinariamente frágil, pues existen mil y una formas de vulnerarlo, empezando el simple y escueto silencio frente a las solicitudes de información. Debe, así, subrayarse que el *derecho de acceso precisa de un especial cuidado o esmero* para garantizar su efectividad. Véase Pomed Sánchez, L., “El acceso a los archivos administrativos: el marco jurídico y la práctica administrativa”, *Revista Administración Pública*, N° 142, 1997, pp. 439-480.

BIBLIOGRAFÍA

- Abelleira Rodríguez, M., "La legitimación activa de las asociaciones en el orden contencioso-administrativo", en Sospedra Navas, F., *Seguridad jurídica, legitimación y cosa juzgada*, Consejo General del Poder Judicial, 2006.
- Acosta Estévez, J., *Tutela procesal de los consumidores*, Bosch, Barcelona, 1995.
- Aguilar De Luque, L. y González Ayala, M.D., "Artículo 23.1: El derecho a participar en los asuntos públicos", en Alzaga Villaamil, O., (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo II, Edersa, Madrid, 1997.
- Aguilar De Luque, L., *Democracia directa y Estado constitucional*. Edersa, Madrid, 1977.
- Alberich, T., "Gestión pública, participación ciudadana y desarrollo local", *Política y Sociedad*, N° 31, 1999, pp. 163-174.
- Alessi, R., *Instituciones de derecho administrativo*, vol. II, Bosch, Barcelona, 1970.
- Alexy, R. "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", *DOXA*, N° 5, 1988, pp. 299-310.
- Almagro Nosete, J., "Tutela procesal ordinaria y privilegiada (jurisdicción constitucional) de los intereses difusos", *Revista Derecho Político*, N° 16, 1982-83, pp. 93-107.
- Almagro Nosete, J., "Cuestiones sobre legitimación en el proceso constitucional de amparo", *El Tribunal Constitucional*, Tomo I, Dirección General de lo Contencioso del Estado-Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981.
- Almagro Nosete, J., *Constitución y proceso*, Bosch, Barcelona, 1984.
- Alonso García, E., "Derechos humanos y medio ambiente", en Lozano Cutanda, B., (Dir.), *Diccionario de derecho ambiental*, Iustel, Madrid, 2006.
- Alonso García, E., "La participación de los individuos en la toma de decisiones relativas al medio ambiente en España. Aspectos Constitucionales", *Revista Española Derecho Administrativo*, N° 61, 1988, pp. 49-65.
- Alpa, G., *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, Il Mulino, Bologna, 1977.
- Álvarez Rico, M., "El derecho de acceso a los documentos administrativos", *Documentación Administrativa*, N° 183, 1979, pp. 103-133.
- Angeletti, A. *La justicia administrativa en Italia*, Universidad Externado Colombia, 1986.
- Ara Pinilla, I., *Las transformaciones de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1990.
- Aragón Reyes, M., *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1991.

Aragón Reyes, M., "La iniciativa legislativa", *Revista Española Derecho Constitucional*, N° 16, 1986, pp. 287-312.

Araujo, J.A., "El Consejo de Estado y los órganos consultivos de las comunidades autónomas", *Revista Estudios Políticos*, N° 98, 1997, pp. 255-58.

Arenilla Sáez, M., *Crisis y reforma de la Administración Pública*, Netbiblio, La Coruña, 2011.

Arenilla Sáez, M., *La reforma administrativa desde el ciudadano*, INAP, Madrid, 2003.

Asensio, R., "El proyecto de ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno: su posible impacto sobre los gobiernos locales", en *Fundación, democracia y gobierno local*, Publicación Digital, 2012, pp. 41-77.

Asis Roig, F., "Democracia, constitución y derecho", en Mijangos González, J y Ugalde Ramírez, R. (Coords.), *Estado Constitucional y derechos fundamentales*, Porrúa, Mexico, 2010.

Atienza, M., "Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica", *Revista Española Derecho Administrativo*, N° 85, 1995, pp. 5- 26.

Bachof, O., "La jurisdicción administrativa alemana en la República Federal Alemana", *Revista Administración Pública*, N° 25, 1958, pp. 289-316.

Balza Aguilera, J., "Tendencias de la administración consultiva", *Revista Vasca Administración Pública*, N° 41, 1995, pp. 15-38.

Baño León, J. "La igualdad como derecho público subjetivo", *Revista Administración Pública*, N° 114, 1987, pp. 179-198.

Barujo Vera, J., "La participación de los administrados en los órganos de la Administración Pública", en *Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, Vol. I, Civitas, Madrid, 1993.

Barnes Vásquez, J., "Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas", en Barnes Vásquez, J. (Ed.), *Innovación y reforma del Derecho Administrativo*, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2006.

Barnes Vásquez, J., "Reforma e Innovación del procedimiento administrativo", en Barnes Vásquez, J. (Ed.), *La transformación del procedimiento administrativo*, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2008.

Barnes Vásquez, J., "Procedimientos administrativos y nuevos modelos de gobierno. Algunas consecuencias sobre la transparencia", en García Macho, R. (Ed.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

Barranco Vela, R., "El principio de participación en las leyes de servicios sociales", *Alternativas. Cuadernos de Trabajo Social*, 1993, pp. 231-248.

Bassi, F., "Brevi note sulla nozione di interesse pubblico", *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, V. I., Modena Mucchi, 1996.

Barrios de Angelis, D., *Introducción al estudio del proceso. La psicología y sociología del proceso. El ombudsman. La defensa de los intereses difusos*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1983.

Bermejo Vera, J., "El secreto en las Administraciones Públicas. Principios básicos y regulaciones específicas del ordenamiento jurídico español", *Revista Española Derecho Administrativo*, N° 57, 1988, pp. 17-27.

Berti, G., "L'interesse diffuso nel diritto amministrativo", *Strumenti per la tutela degli interessi diffusi della collettività*, Atti del Convegno Nazionale. Bologna, 5 de diciembre de 1981, Maggioli Editore Rimini, 1982.

Bettini, R., *La partecipazione amministrativa. Modelli italiani di partecipazione del cittadino alla pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1973.

Blanco, I., *Ciudadanos y decisiones políticas*, Editorial Ariel, Barcelona, 2001.

Bobbio, N., *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986.

Bobbio, N., *Teoría General de la Política*, Editorial Trotta, 3ª Ed., Madrid, 2009.

Brewer-Carías, A., *Estudios de Derecho administrativo*, Ediciones Roseritas, Bogotá, 1986.

Brewer-Carías, A., "El Derecho administrativo y la participación de los administrados en las tareas administrativas", *Revista Derecho Público*, N° 22, 1985, pp. 5-31.

Bujosa Vadell, L.M., *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Bosch, Barcelona, 1995.

Bujosa Vadell, L.M., "La posición del juez en los procesos colectivos", *La Ley*, N° 5, 2005, pp. 1341-1362.

Bujosa Vadell, L., "El procedimiento de las acciones de grupo (class actions) en los Estados Unidos de América", *Justicia*, 1994, pp.67-124.

Cabrera Rodríguez, F., "Sociedad multicultural y ciudadanía: hacia una sociedad y ciudadanía interculturales", *Revista Educación*, N° 1, 2003, pp. 33-56.

Cadena Roa, J. "Desempeño de asociaciones y condiciones de entono", en Luna, M. y Puga, C. (Coords.), *Nuevas perspectivas para el estudio de las asociaciones*, Anthropos, Barcelona, 2010.

Calvo Ortega, R., *Estado social y participación asociativa*, Thomson Reuters, Pamplona, 2009.

Canda, F. "La legitimación en el procedimiento administrativo nacional", en Cassagne, J.C. (Dir.), *Proceso y procedimiento administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005.

Cappeletti, M., "Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil", *Boletín Mexicano Derecho Comparado*, N° 83, 1995, pp.1-40.

Cappelletti, M., "Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi", *In le azioni a tutela di interessi collettivi*, Padua, Cedam, 1976.

Caravita, B., *Diritto pubblico dell'ambiente*, Il Mulino, Bologna, 1990.

Caravita, B., "La tutela giurisprudenziale degli interessi diffusi e collettivi", *Rivista critica del diritto privato*, N° 1, 1985, pp. 31-60.

Carnelutti, F., *Teoría General del Derecho*, Comares, Granada, 2003.

Carnelutti, F., *Sistema de Derecho procesal civil*, (Alcalá-Zamora, N. y Sentis Melendo, S., Trad.), Uteha, Buenos Aires, 1944.

Carrasco Durán, M., "Examen jurisprudencial del concepto de interés legítimo aplicado a la defensa de los derechos fundamentales en el proceso contencioso-administrativo", *Revista Derecho Procesal*, Nº 1-2, 2004, pp. 231-270.

Casado, Casado, L., "El derecho de acceso a la información ambiental previa solicitud", en Pigrau Solé, A. (Dir.), *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus*, Atelier, Barcelona, 2008.

Cascajo Castro, J.L., *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

Castellà Andreu, J. M., "La participación ciudadana en la Administración pública. (Estudio del artículo 105 a) de la Constitución)", *Revista Vasca Administración Pública*, Nº 34, 1992, pp. 39-83.

Castellà Andreu, J. M., *Los derechos constitucionales de participación política en la Administración Pública. (Un estudio del artículo 105 de la Constitución)*, Cedecs Editorial, Barcelona, 2001.

Cerri, A., "Interessi diffusi, interesse comuni, azione e difesa", *Diritto e società*, I., 1979, pp. 84-86.

Cerrillo I Martínez, Agustí, *La transparencia administrativa: Unión Europea y medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

Cesarini Sforza, W., *El Derecho de los particulares*, Civitas, Madrid, 1986.

Cierco Seira, C., *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2002.

Cierco Seira, C., "Procedimiento administrativo y ejercicio de la función consultiva: sobre el concepto y régimen de los informes", *Revista Aragonesa Administración Pública*, Nº 18, 2001, pp. 165-217.

Closa, C., "La ciudadanía europea: el estatuto de un sujeto político inacabado", en Llamazares, I. y Reinares, F. (Eds.), *Aspectos políticos y sociales de la integración europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Colaço Antunes, L.F., "Los intereses difusos: ubicación constitucional, tutela jurisdiccional y acción popular de masas", *Revista Administración Pública*, Nº 124, 1991, pp. 417-435.

Condeso, F., *Derecho a la información*, Dykinson, Madrid, 2011.

Cordero Sanz, C., "Derecho de acceso a la información y transparencia: herramientas necesarias para la democracia en una sociedad abierta", en Sánchez de Diego Fernández de la Riva, M. (Coord.), *El papel del Derecho de la información en la sociedad del conocimiento*, Actas del Seminario Internacional Complutense, Madrid, 2007.

Cordón Moreno, F., "El acceso a la justicia civil de los derechos de los consumidores", *Estudios sobre Consumo*, Nº 16, 1989, pp. 123-130.

Cordini, G., "Cittadinanza e condizioni giuridiche degli stranieri. A proposito di recenti studi", *Il Politico*, Nº 3, pp. 473-482.

Corso, G., "El procedimiento administrativo en Italia. De cauce formal de la actuación administrativa a instrumento de tutela del ciudadano", en *El*

procedimiento administrativo en el derecho comparado, Barnes Vásquez, J., (Ed.), Civitas, Madrid, 1993.

Cortina, A., *Ética aplicada y democracia radical*, Tecnos, Madrid, 1993.

Costantino, G., “Brevi note sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi davanti al giudice civile”, *Le azioni a tutela de interessi collettivi*, Atti del Convegno di Studio (Pavía 11-12 giugno 1974), CEDAM, Padova, 1976.

Cotta, M., “Il concetto di partecipazione: linee di un inquadramento teorico”, *Rivista italiana di scienza política*, 1979, IX, pp. 193-227.

Crespo Rodríguez, M., “Sociedad de la información y documentación electrónica”, en *La Administración Pública que España necesita*, Círculo de Empresarios, Madrid, 2007.

Cresti, M., *Contributo allo studio della tutela degli interessi diffusi*, Giugrè, Milán, 1992.

Cuesta López, V., *Participación directa e iniciativa legislativa de los ciudadanos en democracia constitucional*, Civitas, Madrid, 2008.

Chaves García, J.R., “El derecho de participación de los vecinos”, *Revista Estudios Locales*, N° Extra 1, 2002, pp. 181-191.

Dahl, R., *La igualdad política*, Fondo de Cultura Económica de Argentina, Buenos Aires, 1ª Edición en español, 2008.

De Cupis, A., *El daño: teoría general de la responsabilidad civil*, Bosch, 2ª Edición, Barcelona, 1975.

De La Cruz Ferrer, “Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria”, *Revista Administración Pública*, N° 116, 1988, pp. 81-95.

De Los Santos Gómez, “El nuevo régimen jurídico de acceso a la información ambiental en la Unión Europea”, *Revista Aranzadi Derecho Ambiental*, N° 4, 2003, pp. 245-259.

De Lucas, J., *El concepto de solidaridad*, Fontamara, México, 1993.

De Tocqueville, A., *De la democracia en América*, Fondo de Cultura Económica, 2ª Edición, México, 1963.

De Vera Santana, F.L., “La experiencia evaluadora”, en *Derecho administrativo del siglo XXI*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2008.

Delgado Barrio, J., “Participación ciudadana y disposiciones generales”, en *Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito público*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.

Delgado Barrio, J., “Participación ciudadana y disposiciones generales”, *Cuadernos Derecho Judicial*, N° 32, 1994, pp. 111-141.

Denti, V., *La giustizia civile*, Il Mulino, Bologna, 1989.

Denti, V., “Le azioni a tutela di interessi collettivi”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1974, pp. 533-550.

Díez-Picazo, L., *Sistema de Derecho Civil. Introducción, derecho de la persona, autonomía privada, persona jurídica*, Vol. I, 12ª Edición, Tecnos, Madrid, 2012.

Díez Picazo, L.M., “Capítulo IV, de las garantías de las libertades y derechos fundamentales”, en Alzaga Villaamil (Dir.), *Comentarios a la Constitución española*, Tomo IV, Edersa-Cortes Generales, Madrid, 1996.

Díez Sánchez, J.J., *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*, Civitas, Madrid, 1992.

Dromi, R., "El tránsito al Derecho Público de la posmodernidad. Estudio preliminar", en Parejo Alfonso, L. *Crisis y renovación en el Derecho público*, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2003.

Duguít, L., *Las transformaciones del Derecho público*, Editorial Andecta, Pamplona, 2006.

Embid Irujo, A., *El ciudadano y la Administración*, MAP, Madrid, 1994.

Embid Irujo, A., "El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos", en Leguina, J. y Sánchez Morón, M. (Dirs), *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 1993.

Espadas Alcázar, M. A. y Alberich Nistal, T., *Ser parte y tomar parte (análisis y propuestas sobre asociacionismo y participación ciudadana en la ciudad de Jaén)*, Universidad de Jaén, España, 2010.

Esparza Martínez, B., *La participación política como derecho fundamental en la Constitución de España y de Europa*, Editorial Porrúa, México, 2008.

Fairen Guillen, V., *Ensayo sobre procesos complejos: la complejidad en los litigios*, Tecnos, Madrid, 1991.

Fariñas Dulce, M.J., *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*, Dykinson, Madrid, 2000.

Fernández-Corredor Sánchez-Diezma, J., "Criterios jurisprudenciales más relevantes en materia de legitimación en el recurso contencioso-administrativo", en Sospedra Navas, F. (Dir.), *Seguridad Jurídica, Legitimación y Cosa Juzgada*, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2006.

Fernández Le Gal y Reyes Pérez Alberdi, M., "La participación ciudadana en la elaboración de las disposiciones generales: el artículo 105 a) de la Constitución", en Lucas Murillo de la Cueva, P. (Coord.), *Gobierno y Constitución: actas del II Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Madrid, 2005.

Fernández, T.R., *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, 4ª Edición, Madrid, 2002.

Fernández Ramos, S., *La información y participación ciudadana en la Administración local*, Bosch, Barcelona, 2005.

Fernández Ramos, S., "Algunas proposiciones para una ley de acceso a la información", *Boletín Mexicano Derecho Comparado*, N° 105, 2002, pp. 1-24.

Fernández Ramos, S., *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

Fernández Ramos, S., "El derecho de acceso a la documentación pública en la Administración local", *Justicia Administrativa*, N° 17, 2002, pp. 27-61.

Fernández Rodríguez, T.R., "Los derechos fundamentales y la acción de los poderes públicos", *Revista Derecho Político*, N° 15, 1982, pp. 24-30.

Fernández Salmerón, M., "Nuevas tendencias de la justicia administrativa italiana: hacia algunos quiebres de la distinción entre interés legítimo y

derecho subjetivo”, *Revista Administración Pública*, N° 154, 2001, pp. 501-540.

Ferrajoli, L.: *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 905 y ss.

Ferrer Mac.Gregor, E., *Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa, México, 2001.

Ferrier, J.P., “El procedimiento administrativo en Francia”, en Barnes Vázquez, J. (Coord.), *Procedimiento administrativo en el derecho comparado*, Civitas, Madrid, 1993.

Ferrone, U., *Il proceso civile moderno. Fondamento progresso e avvenire*, Editorial Francesco Cavotta. S. María C. V., 1912.

Font i Llovet, T., “Algunas funciones de la idea de participación”, en *La participación. Anuari de la Facultat de Dret*, Estudi General de Lleida, Barcelona, 1985.

Font i Llovet, T., “Órganos consultivos”, *Revista Administración Pública*, N° 108, 1985, pp. 53-85.

Font i Llovet, T., “Los órganos consultivos y la calidad normativa”, *Revista Española de la Función Consultiva*, N° 11, 2009, pp. 133-150.

Font i Llovet, T., “Función consultiva y Estado autonómico”, *Revista Administración Pública*, N° 138, 1995, pp. 37-68.

Font i Llovet, T., “El control de la potestad reglamentaria por los órganos consultivos: legalidad y oportunidad”, *Revista Española Derecho Constitucional*, N° 62, 2001, pp. 57-76.

Font, J., Montero, J.R. y Torcal, M. “Ciudadanos, asociaciones y activistas”, en Font, J., Montero, J.R. y Torcal, M. (Eds.), *Ciudadanos, asociaciones y participación en España*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2006.

Forsthoff, E., *Tratado de Derecho Administrativo*, (Traducción Legaz Lacambra, L., Garrido Falla, F. y Gómez Ortega y Junge), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958.

Gallego, E., *Tradición jurídica y derecho subjetivo*, Dykinson, Madrid, 1996.

Gamero Casado, E., “Omisión del trámite de audiencia y derecho a la tutela judicial efectiva”, *Revista Española Derecho Administrativo*, N° 85, 1995, pp. 99-114.

Garberí Llobregat, J., *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2008.

García Cuadrado, A., “El derecho de petición”, *Revista Derecho Político*, N° 32, 1991, pp. 119-170.

García De Enterría, E. y Fernández, T.R., *Curso de Derecho Administrativo II*, Civitas, 12ª Edición, Madrid, 2011.

García De Enterría, E., *La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, 3ª Edición, Civitas, Madrid, 2009.

García De Enterría, E., *Hacia una nueva justicia administrativa*, 2ª Edición, Civitas, Madrid, 1992.

García De Enterría, E., en García De Enterría y Alonso García, R., (Coords.), *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum* Tomás-Ramón Fernández, Aranzadi, Navarra, 2012.

García De Enterría, E., *Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?*, Civitas, Madrid, 2007.

García De Enterría, E., "Principios y modalidades de la participación ciudadana en la vida administrativa", *Libro homenaje al profesor José Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989.

García De Enterría, E., "Sobre la formación del derecho administrativo español contemporáneo", *Revista Complutense de Derecho Romano y Tradición Romanística*, Extraordinario Nº 20/21, 2008, pp. 207-216.

García De Enterría, E., *Democracia, jueces y control de la administración*, Aranzadi, 5ª Edición, Navarra, 2000.

García De Enterría, E., "Sobre los derechos públicos subjetivos", *Revista Española Derecho Administrativo*, Nº 6, 1975, pp.427-446.

García De Enterría, E., *El derecho, la ley y el juez: dos estudios*, Civitas, Madrid, 1997.

García De Enterría, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, 4ª Ed., Madrid, 2006.

García De Enterría, E., "Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado", *Revista Española Derecho Administrativo*, Nº 89, 1996, pp. 69-89.

García De Enterría, E., *La lucha contra las inmunidades del poder*, Civitas, Madrid, 1983.

García De Enterría, E., *Revolución francesa y administración contemporánea*, Civitas, Madrid, 1994.

García De Enterría, E., "La participación del administrado en las funciones públicas", *Libro homenaje a Royo-Villanova, S.*, Editorial Moneda y Cambio, Madrid, 1977.

García Fernández, J., *El Gobierno en acción*, BOE-CEC, Madrid, 1995.

García Herrera, M.A., "Intereses difusos, intereses colectivos y función mediadora", *Jueces para la Democracia*, Nº 12, 1991, pp. 20-22.

García Macho, R., "Procedimiento administrativo y sociedad de la información y del conocimiento", en Barnes Vázquez, J. (Ed.), *La transformación del procedimiento administrativo*, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2008.

García Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, 2ª Edición, Madrid, 1985.

García García, M.J., "La participación ciudadana en la elaboración de disposiciones reglamentarias: participación funcional e iniciativa reglamentaria", *Revista Catalana Dret Públic*, Nº 37, 2008, pp. 417-460.

García Martín, J.A., "La Administración electrónica al servicio de las políticas públicas", *Documentación Administrativa*, Nº 286-287, 2010, pp. 273-295.

García- Trevijano Garnica, E., “La función consultiva de las Administraciones públicas con especial referencia al Consejo de Estado y las Comunidades Autónomas”, *Revista Administración Pública*, 133, 1994, pp.129-154.

Gargarell, R., “Ni política, ni justicia. Sobre los déficit del sistema democrático”, *Claves de Razón Práctica*, Nº 114, 2001, pp.14-21.

Garrido Falla, F., *Comentarios a la Constitución*, 2º Edición, Madrid, 1985.

Garrido Falla, F. y Fernández Pastrana, J.M., *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2000.

Garrigues, W., Lizcano Álvarez, J., Villoria Mendieta, M. Sánchez Lambás, J., “La Ley de Transparencia sólo el primer paso”, *el diario El País*, de 29 de marzo de 2012.

Gidi, A. *Las acciones colectivas y la tutela difusos, colectivos e individuales en Brasil*, (Cabrera Acevedo, L, Trad.), Porrúa, México, 2004.

Gidi, A. “Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos”, *La tutela de los derechos difusos, colectivos, individuales homogéneos, hacia un código modelo para Iberoamérica*, Porrúa, México, 2003.

Gidi, A., “Código de Proceso Civil”, *Revista Vasca Derecho Procesal y Arbitraje*, Vol. 16, Nº 3, 2004, pp. 753-778.

Gil Grau, C., “Reflexiones sobre el cambio a un nuevo modelo de Administración Pública”, en Colomer Viadel, A. (Coord.), *La participación en las Administraciones Públicas, ¿cooperación o enfrentamiento?*, Amadis, Valencia, 2006.

Gómez De Liaño González, F., “La legitimación colectiva y el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Justicia*, 1986, pp. 549-576.

Gómez-Ferrer Morant, R. (Coord.), *Libro Homenaje a José Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989.

González Bondia, A., “La regulación comunitaria europea del acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente en sus Estados miembros”, en Pigrau Solé, A. (Dir.), *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus*, Atelier, Barcelona, 2008.

González Bustos, M.A., “El acceso de los ciudadanos a la información pública”, *Actualidad Administrativa*, Nº 10, 2009, pp.2-12.

González Bustos, M.A., “Derecho a la información del ciudadano y las nuevas tecnologías”, en Sánchez Sánchez, Z. (Coord.), *Nuevas tecnologías. Administración y participación ciudadana*, Comares, Granada, 2010.

González Cano, M.I., *La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

González Cano, M.I., *La protección de los intereses legítimos en el proceso administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

González García, J.V., “Participación ciudadana en la elaboración de disposiciones de carácter general”, *La ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Legislación*, Nº 2, 1992, pp. 635-643.

González Ibarra, J., "Consideraciones en torno al Estado constitucional contemporáneo", *Revista Ciencias Sociales*, N° 221, 2011, pp. 87-98.

González Navarro, F. *Derecho administrativo español: el acto y el procedimiento administrativo*, Eunsa, 10ª Edición, Pamplona, 1997.

González Navarro, F., "Órganos colegiados en la ley de procedimiento administrativo", *Documentación Administrativa*, N° 55, 1962, pp. 39-52.

González Pérez, J. *El administrado*, Abella, Madrid, 1966.

González Pérez, J., *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Civitas, 3ª Edición, Madrid, 2001.

González Pérez, J. y Fernández Farreres, G., *Derecho de Asociación. Comentarios a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo*, Civitas, Madrid, 2002.

González Pérez, J., *Ley de la jurisdicción contencioso administrativa: jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1992.

González Pérez, J. y González Navarro, F., *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Vol. I, 3ª Edición, Civitas, Madrid, 2003.

Gozaini, O.A., *Introducción al nuevo Derecho Procesal*, Ediar, Buenos Aires, 1988.

Grande Seara, P., "Capacidad y legitimación en los procesos para la tutela de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios", en González Pillado, E. (Coord.), *Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje*, Tecnos, Madrid, 2010.

Grasso, E., "Gli interessi della collettività e l'azione collettiva", *Rivista de Diritto Processuale*, 1983, pp. 27-36.

Greppi, A., "Contra la falsa transparencia y consecuencias en la esfera pública", *Teoría Política, Nuova Serie, Annali III*, 2013, pp. 115-137.

Guasp, J., *Derecho*, Instituto de Ciencias Jurídicas, Madrid, 1971.

Guichot, E., "Un paso decisivo en la clarificación de las relaciones entre derecho de acceso y derecho a la protección de datos: la Sentencia del TPI de 8 de noviembre de 2007, *Bavarian Lage/ Comisión*, T-194/04", *Revista Española Derecho Europeo*, N° 27, 2008, pp. 329-345.

Guichot, E., "Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas", *Documento de Trabajo*, N°170, 2011, pp. 1-63.

Guchot, E., "El anteproyecto de ley de transparencia", *El Cronista del Estado Social y Democrático*, N° 30, 2012, pp. 28-41.

Guichot, E., "El nuevo derecho europeo de acceso a la información pública", *Revista Administración Pública*, N° 160, 2003, pp. 283-316.

Guichot, E., "Derecho de acceso a la información: experiencias regionales y estatales en Europa y América", *Derecho Comparado de la Información*, N° 19, 2012, pp.135-188.

Guichot, E., "Las relaciones entre transparencia y privacidad en el Derecho Comunitario ante la reforma de la normativa sobre acceso a los documentos públicos", *Revista Española Derecho Europeo*, Nº 37, 2011, pp. 37-69.

Guichot, E., *Transparencia y acceso a la información en el Derecho europeo*, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2011.

Guichot, E., "El proyecto de ley de transparencia y acceso a la información pública y el margen de actuación de las comunidades autónomas", *Revista Andaluza Administración Pública*, Nº 84, 2012, pp. 89-134.

Guichot, E., "Derecho a la protección de datos y actividad administrativa", *Revista Vasca Administración Pública*, Nº 71, 2005, pp. 81-120.

Gutiérrez De Cabiedes, P. *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Aranzadi, Navarra, 1999.

Gutiérrez, De Cabiedes, P, en Gidi, A. y Ferrer Mac-Gregor, E. (Coords.), *Código modelo de procesos colectivos*, Porrúa, México, 2008.

Habermas, J., *Facticidad y validez: sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998.

Habermas J. "Ciudadanía e identidad nacional. Consideraciones sobre el futuro europeo", *Revista Debats*, Nº 39, 1992, pp. 11-17.

Hauriou, R., *Principios de Derecho público y constitucional* (Hauriou, M, 1856-1929), Comares, Granada, 2003.

Hermosa Andújar, A., "El camino de Rousseau. De la democracia directa a la democracia participativa", *Revista Estudios Políticos*, Nº 50, 1986, pp. 101-142.

Ibáñez Macías, A., *El derecho constitucional a participar y la participación ciudadana local*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2007.

Jaria i Manzano, J., *La cuestión ambiental y la transformación de lo público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

Jaria i Manzano, J., "El fundamento constitucional de los derechos de participación en materia de medio ambiente y su desarrollo en la Ley 27/2006", en Pigrau Solé, A. (Dir.), *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus*, Atelier, Barcelona, 2008.

Jáuregui, G., "Globalización y democracia", *Claves de Razón Práctica*, Nº 99, 2000, pp. 12-19.

Jegouzo, I., "El derecho a la transparencia administrativa: el acceso de los administrados a los documentos administrativos", *Documentación Administrativa*, Nº 239, 1994, pp. 10-29.

Jordano Fraga, J., *La protección a un medio ambiente adecuado*, Bosch, Barcelona, 1995.

Jordano Fraga, J., "Derecho a la participación, participación administrativa y medio ambiente", *Revista Andaluza Administración Pública*, Nº 11, 1992, pp. 99-110.

Jiménez Asensio, R., "El proyecto de ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno: su posible impacto sobre los gobiernos

locales”, en *Fundación, Democracia y Gobierno Local, Publicación Digital*, 2012, pp. 41-77.

Jiménez Eduardo, P. *Derechos humanos de tercera generación: medio ambiente, derechos del usuario y del consumidor: acción de amparo-jurisprudencia*, Ediar, Buenos Aires, 1997.

Jiménez Meza, Manrique, *La legitimación administrativa para la defensa de los intereses legítimos y los derechos subjetivos*, Mundo Mágico, Costa Rica, 1998.

Lasagabaster Herrante, I., “Información administrativa y transparencia en la ordenación del territorio y el medio ambiente”, *Revista Vasca Administración Pública*, Nº 83, 2009, pp. 183-215.

Landoni Sosa, A. y González Miragaya, “Medidas cautelares en los procesos colectivos. Con particular análisis de la tutela de los derechos del consumidor, medio ambiente y otros derechos difusos”, *Revista Derecho Procesal*, 2009, pp. 625-660.

Lizcano Álvarez, J., “La nueva Ley de Transparencia: un importante desafío social”, 23/12/2013: www.abogacia.es.

Llorente, C. “Ley de Transparencia: el “silencio negativo” que acalla nuestro derecho a la información pública”, *Derecho y Noticias Jurídicas*, 09.19.2013: www.diariojuridico.com.

López Guerra, L., “El derecho de participación del artículo 23.1 CE”, en *Derechos fundamentales y libertades públicas*, Vol. II, XIII, Jornadas de Estudios de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1993.

López Menudo, F., Guichot Reina, E. y Carrillo Donaire, J. A., *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2005.

López Rieux, C., “El papel de las representaciones locales en los procesos de participación en el ordenamiento territorial”, en Colomer Viadel, A. (Coord.), *La participación en las Administraciones Públicas ¿cooperación o enfrentamiento?*, Amadis, Valencia, 2006.

López Sánchez, J., *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*, Comares, Granada, 2011.

Lozano-Higuero Pinto, M. “De nuevo sobre la tutela de los intereses difusos (en especial el patrimonio histórico)”, *Justicia*, 1996, pp.305-318.

Lozano-Higuero Pinto, M., “Legitimación, protección jurisdiccional de los intereses difusos y colectivos”, en Morón Palomillo, M. (Dir.), *El proceso civil y su reforma*, Colex, Madrid, 1998.

Lucas Verdú, P., “Constitución española de 1978 y sociedad democrática avanzada”, *Revista Derecho Político*, Nº 10, 1981, pp. 7-45.

Luhman, N., “Participación y legitimación: ideas y experiencias”, en *La participación. Anuari de la Facultat de Dret*, Estudi General de Lleida, Barcelona, 1985.

Mafrá Leal, M.F., “Notas sobre la definición de intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos en el Código modelo de procesos colectivos para

Iberoamérica”, en Gidi, A. y Ferrer Mac-Gregor, E. (Coords.) *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, Porrúa, México, 2003.

Martín-Retorillo, L., “La participación en la Administración Pública. Principios y límites”, en *La participación, Anuari de la Facultat de Dret*, Estudi General de Lleida, 1985.

Martínez Capdevila, C., “La transparencia en la Unión Europea”, *Cuadernos Derecho Público*, N° 26, 2005, pp. 169-193.

Martínez-Vares García, S., “Eficacia, discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados”, en *Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.

Melero Alonso, E., “La democracia orgánica y el trámite de audiencia en la elaboración de los reglamentos”, *Revista Estudios Políticos*, N° 126, 2004, pp. 237-264.

Meseguer Yebra, J., *El trámite de información pública en el procedimiento administrativo*, Bosch, Barcelona, 2001.

Mestre Delgado, J.F., *El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos*, Civitas, Madrid, 1993.

Miguel Macho, L., *Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios*, CEDCS, Barcelona, 1999.

Montiel, F., “El ciudadano y el administrado”, *Revista Administración Pública*, N° 48, 1977, pp. 127-140.

Montero Aroca, J., *Derecho Jurisdiccional, T.II, (Proceso Civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

Moraga Guerrero, E., “Sobre la necesidad de una ley española de acceso a la información pública”, en Sánchez de Diego Fernández de la Riva, M., *El derecho de acceso a la información pública*, Actas del Seminario Internacional Complutense, Madrid, 2007.

Moreiro González, C.J., “El principio de democracia participativa en el proyecto de tratado de constitución europea”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, N° 30, 2004, pp. 141-161.

Morello, A. y Stiglitz, G., *Tutela procesal de los derechos personalísimos e intereses colectivos*, Editorial Platense, La Plata, 1986.

Muñoz Machado, S., “Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación”, *Revista Administración Pública*, N° 84, 1977, pp. 519-536.

Navarro Batista, N., *Sociedad civil y medio ambiente en Europa*, Colex, Madrid, 2001.

Nieto, A., “La Discutible Supervivencia del Interés Directo”, *Revista Española Derecho Administrativo*, N° 12, 1977, pp. 39-58.

Nieto, A., “La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo”, *Revista Administración Pública*, N° 76, 1975, pp.27-28.

Nigro, M., *Giustizia amministrativa*, 5ª Ed., Il Mulino, Bologna, 2000.

Nigro, M., “Le due facce dell’interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza”, *Foro it.*, 1987, V., pp. 7-20.

Nigro, M., "Lineamenti generali", en Giuliano Amato y Augusto Barbera (a cura di): *Manuale di diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1984.

Núñez Encabo, M., *Constitución europea y derecho de ciudadanía*, Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, 2005.

Oliver Araujo, J. "El referéndum en el sistema constitucional español", *Cuadernos de la facultad de derecho*, Nº 15, Palma de Mallorca, 1986, pp. 95-148.

Olmo Fernández-Delgado, L., *Los consejos asesores regionales y otros órganos de participación en la Comunidad Autónoma de la región de Murcia*, Universidad de Murcia, 2011.

Ordoñez Solís, D., *La protección judicial de los derechos fundamentales de solidaridad. Derechos sociales, medio ambiente y consumidores*, Comares, Granada, 2006.

Ordoñez Solís, D., "El derecho de información del ciudadano, la protección de datos personales y la transparencia de la Administración", *Revista Poder Judicial*, Nº 73, 2004, pp. 11- 61.

Orduña Prada, E., "La participación ciudadana directa en el proceso de formación de los planes urbanísticos según la jurisprudencia", *Revista Estudios de Administración Local*, Nº 294-295, 2004, pp.315-360.

Ovalle Favela, J., "Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos", *Boletín Mexicano Derecho Comparado*, Nº 107, 2003, pp. 587-615.

Palomeque López, M.C., "La participación institucional de sindicatos y asociaciones empresariales", en *La participación. Anuari de la Facultat de Dret*, Estudi General de Lleida, Barcelona, 1985.

Parada Vásquez, J.R. y Bacigalupo Saggese, M., "Artículo 105. Audiencia del ciudadano en procedimientos administrativos y acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos", en Alzaga Villaamil, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, T. VIII, Edersa, Madrid, 1998.

Parada Vásquez, J.R., *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común (Estudio, comentarios y textos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Marcial Pons, Madrid, 1993.

Pallarés Moreno, R., "La participación ciudadana y la conservación del medio natural", *Documentación Administrativa*, Nº 194, 1982, pp. 123-136.

Parejo Alfonso, L. "El ciudadano y el administrado ante la Administración y su actuación, especialmente cumplida a través del procedimiento", en Álvarez Conde, E. (Coord.), *Administraciones Públicas y Constitución: reflexiones sobre el XX aniversario de la Constitución Española*, INAP, Madrid, 1998.

Parejo Alfonso, L., *Eficacia y Administración*, MAP, Madrid, 1995.

Parejo Alfonso, L., *Transformación y ¿reforma? del Derecho Administrativo en España*, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2012.

Parejo Alfonso, L., *Crisis y renovación en el Derecho público*, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2003.

Parejo Alfonso, L., “Los derechos subjetivos y los intereses legítimos”, en Parejo Alfonso, L. y Santamaría Pastor, J.A. (Dir.), *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992.

Parejo Alfonso, L., *Constitución y valores del ordenamiento*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

Parejo Alfonso, L., “La participación en el Estado social”, *Actualidad Administrativa*, Nº 5, 1987, pp. 225-239.

Parejo Alfonso, L. y Roger Fernández, G., *Comentarios a la Ley de Suelo (Ley 8/2007, de 28 de mayo)*, Civitas, Madrid, 2007.

Peschard, J., “La vocación internacionalista del Consejo para la Transparencia de Chile”, en Cheyre, J.E. y Cobo, N. (Eds), *Transparencia en Chile: logros y desafíos a cinco años de vigencia de la Ley*, Orjikh Editores, Santiago de Chile, 2014.

Pascual i Esteve, J.M. y Godàs i Pérez, X., ¿Qué es la gobernanza?, en Pascual Esteve, J.M. y Godàs i Pérez, X. (Coords.), *El buen gobierno 2.0: la gobernanza democrática territorial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Peces-Barba Martínez, G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984.

Pedraz Penalva, E., *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, Akal, Madrid, 1990.

Pellegrini Grinover, A., “Las acciones colectivas para la defensa del ambiente y los consumidores (La ley brasileña Nº 7347, de 24 de julio de 1985)”, *Revista Derecho Procesal*, Nº 3, 1988, pp.705-707.

Pellegrini Grinover, A., “Il nuovo processo brasiliano del consumatore”, *Rivista di Diritto Processuale*, Nº4, 1991, pp. 1057-1073.

Pemán Gavín, J.M., “El nuevo impulso a las fórmulas de participación ciudadana en la administración local”, *Revista Aragonesa Administración Pública*, Nº 25, 2005, pp.21-59.

Peña Freire, M.A., *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Editorial, Trotta, Madrid, 1997.

Peñalver Cabre, A., “Nuevos instrumentos para la aplicación de la legislación ambiental ante la inactividad administrativa. De las acciones ciudadanas (*citizen suits*) al Convenio de Aarhus”, *Revista Administración Pública*, Nº 172, 2007, pp. 430-459.

Pérez Alfonso, A. “Crisis de la participación administrativa”, *Revista Administración Pública*, Nº 119, 1989, pp. 93-118.

Pérez Calvo, A., *El Estado Constitucional español*, Editorial Reus, Madrid, 2009.

Pérez Carrillo, E.F., “La transparencia en el funcionamiento de la Unión Europea. El acceso al público a los documentos de sus instituciones y órganos”, *Revista Vasca Administración Pública*, Nº 56, 2000, pp. 349-385.

Pérez Conejo, L., *La defensa judicial de los intereses ambientales (Estudio específico de la legitimación difusa en el proceso contencioso-administrativo)*, LexNova, Madrid, 2001.

Pérez Luño, A., *Nuevos retos del Estado Constitucional: valores, derechos, garantías*, Universidad de Alcalá de Henares, 2010.

Pérez Luño, A.E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984.

Pérez Luño, A.E., *La tercera generación de derechos humanos*, Aranzadi, Madrid, 2006.

Pérez Luño, A.E., *¿Ciberciudadanía o ciudadanía.com?*, Gedisa Editorial, Barcelona, 2004.

Pérez Moreno, A., "Crisis de la participación administrativa", *Revista Administración Pública*, N° 119, 1989, pp. 91-132.

Pérez Serrano, N., *Tratado de Derecho Político*, Civitas, Madrid, 1976.

Pérez Solá, N., "Algunas consideraciones en torno al derecho fundamental a la participación directa en los asuntos públicos", *Revista Derecho Político*, N° 41, 1996, pp. 97-118.

Picozza, E., *L'attività di indirizzo della pubblica amministrazione*, Padova, CEDAM, 1988.

Pigrau Solé, A., "Diez años del Convenio de Aarhus sobre acceso a la información, participación y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente" en Pigrau Solé, A., (Dir.), *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus*, Atelier, Barcelona, 2008.

Pino, E. y Colina, C., "Democracia participativa en el nivel local: debates y experiencias en Europa", *Revista Catalana Dret Públic*, N° 37, 2008, pp. 247-283.

Piñar Mañas, J.L., "Transparencia y protección de datos: las claves de un equilibrio necesario", en García Macho, R. (Ed.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

Piraino, S., "L'interesse diffuso nella tematica degli interessi giuridicamente protetti", *Rivista di Diritto Processuale*, 1979, pp. 202-222.

Pizzrusso, A., "Interesse pubblico e interessi pubblici", *Rivista di Diritto Processuale*, 1972.

Pomed Sánchez, L.A., *El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, INAP, Madrid, 1989.

Ponce Solé, J., "Procedimiento administrativo, globalización y buena administración", en Ponce Solé, J. (Coord.), *Derecho administrativo global*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

Ponce Solé, J., "La nueva posición de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración Pública", en Tornos Mas, J. (Coord.), *Administración Pública y Procedimiento Administrativo*, Bosch, Barcelona, 1994.

Prats Catalá, J., "necesidad y sentido de la reforma de las administraciones públicas", en Sainz Moreno, F. (Dir.), *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004.

Prats Catalá, J., "Las transformaciones de las Administraciones Públicas de nuestro tiempo", en Sainz Moreno, F. (Dir.), *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004.

Prieto Sanchís, L., *Sobre principios y normas: problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

Pulido Quecedo, M., "Interés legítimo y acción pública: a propósito del control de los actos políticos del gobierno", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N° 611, 2004, pp. 6-16.

Quadra- Salcedo Fernández, T., "El Consejo de Estado en las constituciones de Cádiz y Bayona", *Documentación Administrativa*, N° 244-245, 1996, pp. 13-87.

Rallo Lombarte, A., "El tratado de Maastricht y el derecho de sufragio de los extranjeros en España", *Revista Derecho Político*, N° 36, 1992, pp. 89-127.

Ramírez-Alujas, A., "Gobierno abierto y modernización de la gestión pública: tendencias actuales y el inevitable camino que viene. Reflexiones finales", *Revista Enfoques*, N° 15, 2011, pp. 99-125.

Ramírez Nardiz, A., *Guía práctica de la democracia representativa. Conocer la democracia participativa y aprender a usarla*, Dykinson, Madrid, 2012.

Razquin Lizarraga, J.A., "La transparencia y la participación pública en la Administración de la Comunidad Foral de Navarra", *Revista Jurídica Navarra*, N° 51, 2011, pp. 123-154.

Razquin Lizarraga, J.A., "La ley foral de la transparencia y del gobierno abierto", *Revista Aragonesa Administración Pública*, N° 14, 2013, pp. 299-342.

Rebolledo Puig, M., "El ejercicio de potestades normativas y el Consejo de Estado", *Documentación Administrativa*, 244-245, 1996, pp. 161- 210.

Rebollo Puig, M., "La participación de las entidades representativas de intereses en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas generales", *Revista Administración Pública*, N° 115, 1988, pp. 99-166.

Recchia, G., "Considerazioni sulla tutela degli interessi diffusi nella Costituzione", *La tutela degli interessi diffusi nel Diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1976.

Rescigno, G., "cittadinanza: riflessioni sulla parola e sulla cosa", *Rivista di Diritto Costituzionale*, 1997, pp. 37-42.

Reyes Pérez Alberdi, M., "Democracia y participación", *Revista Catalana de Dret Públic*, N° 37, 2008, pp. 343-370.

Ripoll Navarro, R., "Treinta años de transparencia", *Unión Europea Aranzadi*, N° 7, 2010, pp. 15-24.

Rocco, U., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Temis, Bogotá, Vol. I, 1976.

Rodríguez-Arana Muñoz, J., "El interés general como categoría central de la actuación de las Administraciones Públicas", *Actualidad Administrativa*, N° 8, 2010, p. 1-12.

Rodríguez- Arana, J., "Análisis global sobre la reforma administrativa", *Documentación Administrativa*, N° 246/247, 2002, pp. 233-240.

Rodríguez-Arana, J., "Sobre la transparencia en la Administración Pública", *Revista de Estudios Locales*, N° 103, 2007, pp. 28-39.

Rodríguez Arana, J., *Interés general, Derecho Administrativo y Estado del Bienestar*, Centro de Estudios Estratégicos, Madrid, 2011.

Rodríguez-Arana, J., *El derecho a una buena Administración para los ciudadanos*, Netbiblio, La Coruña, 2013.

Rodríguez-Drincourt Álvarez, *Los derechos políticos de los extranjeros*, Civitas, Madrid, 1997.

Rodríguez Molinero, M., "Participación, desencanto, apatía e inhibición", *Los derechos fundamentales y libertades públicas*, II, Vol. II, XII Jornadas de Estudio, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

Rodríguez Palop, M.E., *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2002.

Rodríguez Pontón, F.J., "Participación ciudadana en la elaboración de los reglamentos y reserva de ley: algunas consideraciones", *Revista Catalana Dret Públic*, Nº 21, 1996, pp. 267-295.

Romano, A., "Il giudice amministrativo di fronte al problema della tutela degli interessi diffusi", *Foro it.*, 1978, pp. 8-20.

Romano, A., "Intervento", *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Cedam, Padova, 1976.

Ruiz De Apodaca Espinosa, Á., "La participación orgánica en materia ambiental: el consejo asesor de medio ambiente y los consejos asesores de las comunidades autónomas", *Revista Jurídica Navarra*, Nº 42, 2006, pp. 93-118.

Ruiz Miguel, C., *Consejo de Estado y consejos consultivos autonómicos*, Dykinson, Madrid, 1995.

Ruiz-Rico Ruiz, G., "Aspectos constitucionales de la participación en el ámbito constitucional en el Estado social", *Los derechos fundamentales y libertades públicas*, II, Vol. II, XII Jornadas de Estudio, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

Sainz Moreno, F., "El valor de la Administración Pública en la sociedad actual", en Sainz Moreno, F. (Dir.), *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004.

Sainz Moreno, F., "El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros públicos", *Revista Española Derecho Administrativo*, Nº 24, 1980, pp. 119-130.

Saiz Arnaiz, A., "Los actos políticos del Gobierno en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Revista Administración Pública*, Nº 134, 1994, pp. 225-251.

Sánchez Blanco, A., "Los derechos de participación, representación y de acceso a funciones y cargos públicos: la corrección de la unilateral perspectiva política", en *La participación, Anuari de la Facultat de Dret*, Estudi General de Lleida, Barcelona, 1985.

Sánchez Blanco, A., "Sujetos, actores y factores en el procedimiento administrativo", *Revista Administración Pública*, Nº 111, 1986, pp. 95-185.

Sánchez Blanco, Á., "La participación como coadyuvante del Estado social y democrático de Derecho", *Revista Administración Pública*, Nº 119, 1989, pp. 133-171.

Sánchez De Diego, M., *El derecho de acceso a la información pública*, Cersa, Madrid, 2008.

Sánchez de Diego Fernández de la Riva, M., “Un derecho fundamental a acceder a la información pública”, en Sánchez de Diego Fernández de la Riva, M. (Coord.), *El derecho de acceso a la información pública*, Actas del Seminario Internacional Complutense, Madrid, 2007.

Sánchez Morón, M., *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.

Sánchez Morón, M., “El acceso a la tutela judicial contencioso-administrativa en la reciente jurisprudencia constitucional”, *Revista Derecho Administrativo*, Nº 32, 2006, pp.39-60.

Sánchez Morón, M., *discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994.

Sánchez Morón, M., “El derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente”, *Revista Administración Pública*, Nº 137, 1995, pp. 31-55.

Sánchez Morón, M., “Información y participación ciudadana en la Administración Local”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares*, Nº 3, 1993.

Sánchez Morón, M., “El principio de participación en la Constitución”, *Revista Administración Pública*, Nº 89, 1979, pp. 171-205.

Sánchez Morón, M., “Artículo 23.2: El derecho a acceder a funciones y cargos públicos”, en Alzaga Villaamil, O., (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1997.

Sánchez Morón, M., “Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa”, en *Eficacia, discrecionalidad y control judicial*, Cuaderno de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.

Sánchez Morón, M. “El sistema político local: fórmulas de gobierno y participación ciudadana”, en *Informe sobre el Gobierno Local*, MAP, Madrid, 1992.

Sánchez Morón, M., “Elementos de la participación ciudadana”, *Revista Estudios de la Vida Local*, Nº 221, 1984, pp. 37-46.

Sánchez Morón, M., *El control de las administraciones y sus problemas*, Instituto de España Espasa Calpe, Madrid, 1991.

Sánchez Morón, M., “Sobre el concepto de participación en la Administración Pública”, *Revista Seguridad Social*, Nº 4, 1979, pp. 25-64.

Sánchez Morón, M., “Participación, neocorporativismo y administración económica”, en Martín-Retortillo, S. (Coord.), *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo De Enterría*, Vol. 5, Economía y Hacienda, Madrid, 1991.

Sánchez Morón, M., “Reflexiones sobre la participación del ciudadano en las funciones administrativas en el sistema constitucional español”, *Revista Catalana Dret Públic*, Nº 37, 2008, pp. 223-245.

Sánchez Morón, M., “la transparencia como principal criterio de credibilidad de la Administración”, en Díaz Méndez, A. y Cuéllar Martín, E. (Coords.),

Administración inteligente, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2007.

Sánchez Sánchez, Z., “La participación. Un buen gobierno y una buena administración”, en Sánchez Sánchez, Z. (Coord.), *Nuevas tecnologías, Administración y participación ciudadana*, Comares, Granada, 2010.

Sánchez Sánchez, Z., “La participación ciudadana en la Administración local”, *Actualidad Administrativa*, Nº 11, 2004, pp. 1284-1301.

Santamaría Pastor, J.A., *Sobre la génesis del derecho administrativo español en el siglo XIX*, Biustel, Madrid, 2006.

Santamaría Pastor, J.A., *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Carperi, Madrid, 1993.

Santamaría Pastor, J.A., “Comentarios al artículo 23.1”, en Garrido Falla, F., (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Civitas, 2ª Edición, Madrid, 1985.

Santoro Pasarelli, F., *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 10ª Edición, 1958.

Schmidt-Assmann, E., “La legitimación de la Administración como concepto jurídico”, *Documentación Administrativa*, Nº 234, 1993, pp. 163-229.

Schmidt-Assmann, E., *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, INAP, 2003, Madrid.

Schmitt, C., *Teoría de la Constitución*, Editor Nacional, México, (edición original de 1927), 1981.

Schmitt Glaesser, W., “Participation an Verwaltungsentscheidungen”, *VVDStRL*, Helf, Nº 31, 1973, Berlín, p. 179-240.

Schumpeter, J. A., *Capitalismo, socialismo y democracia*, Aguilar, Madrid, 1968.

Serra Rojas, A., *Teoría del Estado*, Editorial Porrúa, 14ª Ed., México, 1998.

Serrano Alberca, M., “Artículo 13”, en Garrido Falla, F., (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1985.

Sgubbi, F., “Tutela penale di interessi diffusi”, *La Questione Criminale*, 1975, pp. 439-481.

Silguero Estagnan, J., *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*, Dykinson, Madrid, 1995.

Silva Sánchez, A., “Orígenes y fundamentación de la relevancia jurídico-social del interés”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Nº21, 2003, pp.467-502.

Sinagra, L., “Intervento”, *Strumenti per la tutela degli interessi diffusi della collettività*, Maggioli Editore, Rimini, 1982.

Sommermann, K.P., “La exigencia de una Administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del Estado de Derecho”, en García Macho, R., (Ed.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

Soto Lostal, S., *El derecho de acceso a la información*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2011.

Subirats i Humet, J., "Democracia, participación ciudadana y transformación social", en Ahedo Gurrutxaga, I., y Ibarra, Güell, P., (Eds.), *Democracia participativa y desarrollo humano*, Dykinson, Madrid, 2007.

Tarzi, G., "Le associazioni di categoria nei processi civil con rilevanza collettiva", *Rivista di Diritto Processuale*, 1987, pp. 775-776.

Tornos Mas, J., "Funzione di governo e funzione amministrativa", en Rolla Giancarlo, *Le forme di governo nei moderni ordinamento policentrici. Tendenze e prospettive nell'esperienza costituzionale italiana e spagnola*, Giuffrè, Milano, 1991.

Torres Del Moral, A., "La participación política a través de las instituciones de democracia directa", en *La participación, Anuari de la Facultat de Dret*, Estudi General de Lleida, 1985.

Trayter Jiménez, J.M., "Los órganos colegiados en el momento presente", *Revista Española Derecho Administrativo*, N° 150, 2011, pp. 299-330.

Trujillo, G., "El Estado y las Comunidades Autónomas ante la exigencia constitucional del voto igual", *Revista Española Derecho Constitucional*, Vol. I, N° 2, 1981, pp. 9-55.

Vallina Velarde, V., "Potestad organizatoria y autonomía local", *Revista Estudios de Administración Local y Autonómica*, N° 255-257, 1992, pp. 517-545.

Vargas-Machuca Ortega, R., "Cuando no bastan los principios: la democracia como modelo", en Robles Egea, A. y Vargas-Machuca Ortega, R. (Eds.), *La buena democracia. Claves de su calidad*, Editorial Universidad de Granada, 2012.

Venturi, E., *Processo civil coletivo*, São Paulo, Malheros, 2007.

Venturi, E., "Intereses o derechos difusos", en Gidi, A. y Ferrer Mac-Gregor, E. (Coords.), *Código modelo de procesos colectivos*, Porrúa, México, 2008.

Vigoriti, V., *Interessi collettivi e Processo. La legittimazione ad agire*, Giuffrè, Milano, 1979.

Villaverde Menéndez, I., *Los derechos del público: el derecho a recibir información del artículo 20.1.d) de la Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1995.

Villoria, M. y Iglesias, A., "Programas de reorganización y modernización administrativa: marco teórico y análisis del caso", *Revista Vasca Administración Pública*, N° 56, pp. 199-231.

Villoria Mendieta, M., "Transparencia y participación", en Sevilla, J. (Dir.), *La reforma de la Administración del Estado*, LID Editorial, Sevilla, 2010.

Villoria Mendieta, M., *La modernización de la Administración como instrumento al servicio de la democracia*, MAP, Madrid, 1996.

Villoria Mendieta, M., "Transparencia y valor de la transparencia. Marco conceptual", en *La Transparencia en los gobiernos locales: una apuesta de futuro*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Publicación digital, 2012, pp. 7-27.

Villoria Mendieta, M., "Algunas reflexiones sobre la Ley de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno", Manuscrito cedido por su autor.

Vocino, C., "Sui c.d. interessi diffusi", *Studio in memoria di Salvatore Satta*, v. II, Cedam, Padova, pp. 1883.

Watanabe, K., "Acciones colectivas: cuidados necesarios para la correcta fijación de objeto litigioso del proceso", en Gidi, A. y Ferrer Mac- Gregor, E., (Coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos.*, Porrúa, México, 2003.

Wates, J., "The Aarhus Convention, a driving force for environmental democracy", en *Journal for European Environmental & Planning Law*, N° 2-1, 2005, pp. 2-11.

Xifra Heras, J., "Ciudadano", *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo IV, Editorial Fco. Seix S.A., Barcelona, 1981.

Yáñez Díaz, C., "El derecho a la información medioambiental: el Convenio de Aarhus y el Derecho español", *Revista Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, N° 224, 2006, pp. 333-362.

Zanuttigh, L., "La tutela di interessi collettivi (a propósito di un recenté convegno)", *Foro italiano*, V, 1975, pp. 71-83.

Zanuttigh, L., "Intervento", *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Cedam, Padova, 1976.